

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL

NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Coordenação:

LILIAN ROSE LEMOS ROCHA

ISRAEL ROCHA LIMA MENDONÇA FILHO

JOÃO FERREIRA BRAGA

RICARDO VICTOR FERREIRA BASTOS

CADERNO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

PRÁTICA PROCESSUAL NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Coordenação

**Lilian Rose Lemos Rocha
Israel Rocha Lima Mendonça Filho
João Ferreira Braga
Ricardo Victor Ferreira Bastos**

**Brasília
2019**

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA - UniCEUB

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO - ICPD

Diretor

João Herculino de Souza Lopes Filho

Diretor Técnico

Rafael Aragão Souza Lopes

Diagramação

Biblioteca Reitor João Herculino

Capa

UniCEUB

Documento disponível no link

www.repositorio.uniceub.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Caderno de Pós-graduação em Direito: Prática processual nos tribunais superiores / coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha [et al.] – Brasília: UniCEUB : ICPD, 2019.

209 p.

ISBN 978-85-7267-014-2

1. Prática processual. I. Centro Universitário de Brasília. II. Título.

CDU 343.1

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

SEPN 707/709 Campus do CEUB

Tel. (61) 3966-1335 / 3966-1336

A AMPLIAÇÃO DO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.015 DO CPC 04
BEATRIZ ALVES PROCACI ERVILHA

**TEORIA DA CAUSA MADURA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA
..... 24**
NERLY FERREIRA REIS

**O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ANÁLISE SOBRE SUA
IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL 47**
MARIA LYDIA REBOUÇAS MONTEZUMA

**DISPUTE BOARDS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O CENÁRIO JURÍDICO
BRASILEIRO 100**
PHILLIP HANDOW KRAUSPENHAR

**ERRO JUDICIÁRIO E TIPICIDADE ABERTA DOS EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO: POSSIBILIDADE 118**
DHULYENE DIAS DA COSTA SANTOS

**O PODER REVISIONAL SOBRE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE
CONTAS 146**
AMANDA HELENA DA SILVA

**A POSSIBILIDADE DE FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL
FEDERAL ESTABELECIDO PELA LEI Nº 10.259/04 171**
RICARDO AFONSO BRANCO RAMOS PINTO

**A REMESSA NECESSÁRIA E AS DECISÕES PARCIAIS DE MÉRITO DO
CPC/2015 185**
THIAGO RODRIGUES MARTINS

A AMPLIAÇÃO DO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.015 DO CPC

THE ENLARGEMENT OF THE TAXACTIVE ROL IN ARTICLE 1.015 OF THE CPC

Beatriz Alves Procaci Ervilha¹

RESUMO

Ao elaborar o Código de Processo Civil/2015, o legislador elencou possibilidades restritas ao cabimento do Agravo de Instrumento com o objetivo de desafogar os Tribunais. Entretanto, diante as indagações se todos os temas imprescindíveis a serem agravados haviam sido incluídos no rol, se gerou um grande conflito jurisprudencial dentro dos Tribunais. Diante essa evidente divergência, o Superior Tribunal de Justiça procedeu com o julgamento de dois Recursos Especiais Repetitivos para delimitar a interpretação do rol apresentado no artigo 1.015 do CPC, ampliando as hipóteses de cabimento do referido recurso. Esse estudo consiste em analisar a tese firmada pela relativização da taxatividade imposta pelo legislador ao referido dispositivo legal e quais serão os seus efeitos no curso do processo, para todas as partes que a ele estão vinculadas.

Palavras-Chave: Direito Processual Civil. Agravo de Instrumento. Cabimento.

ABSTRACT

When drafting the Code of Civil Procedure / 2015, the legislator listed possibilities restricted to the fitting of the Instrument of Appeal in order to relieve the Courts. However, in the face of inquiries, if all the essential issues to be aggravated had been included in the list, a great jurisprudential conflict arose within the Courts. Faced with this evident divergence, the Superior Court of Justice proceeded with the judgment of two Special Repetitive Resources to delimit the interpretation of the role presented in article 1.015 of the CPC, increasing the hypotheses of fit of said resource. This study consists of analyzing the thesis signed by the relativization of the tax rate imposed by the legislature to the said legal

¹ Pós-Graduada em Prática Processual nos Tribunais no Centro Universitário de Brasília. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

provision and what will be its effects in the course of the process, for all parties that are linked to it.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo possui como escopo a análise do julgamento dos recursos especiais de nºs 1.704.520 e 1.696.396, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, afetados como repetitivos (Tema 988), que versam sobre a possibilidade de o artigo 1.015 do Código de Processo Civil de 2015 receber interpretação extensiva, possibilitando a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória sobre hipóteses que não estejam previstas expressamente no rol.

Também será analisado quais efeitos poderão ser gerados pela relativização do rol, principalmente no tocante à aplicabilidade do entendimento da taxatividade mitigada pelos tribunais de primeira e segunda instância.

Em uma primeira análise, é possível perceber que o entendimento firmado no voto da relatora afastou a taxatividade da interpretação restritiva do rol, a interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas, bem como de que o rol do artigo é meramente exemplificativo.

Em contrapeso, é notório que o legislador pretendeu restringir o recurso de agravo e que uma parte da doutrina entende a intenção de modificar a sistemática do agravo de instrumento era justamente restringir a possibilidade de acessar, de imediato, a via recursal, a fim de imprimir maior celeridade e razoabilidade no trâmite e duração dos processos. Para tanto, ambos os entendimentos serão expostos e pesados, posto que será adotado no presente artigo uma metodologia que inclui a análise de quais efeitos podem ocorrer na prática processual e as consequências em sua aplicação.

2 O HISTÓRICO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO

É defendido por doutrinadores como Alexandre Câmara, Renato de Sá, Daniel Amorim e Humberto Theodoro Júnior que o Agravo de Instrumento surge como meio de impugnação a decisões interlocutórias proferidas no curso de determinado processo, atualmente previsto conforme os termos dos artigos 1.015 a

1.020 do CPC vigente, e quando seu objeto se encontra abarcado por uma das hipóteses de cabimento.

Por decisões interlocutórias concluiu-se, pelo estudo da obra de Daniel Amorim Assumpção Neves², como todos os pronunciamentos judiciais, com cunho decisório, que não encerre a fase de cognição ou processo de execução, diferenciando-se nesse ponto das sentenças.

Nesse liame, o Agravo de Instrumento surge como meio de impugnação judicial de decisões interlocutórias, em que, pelo objetivo do legislador, indicariam o caráter de urgência.

Notoriamente, o recurso do Agravo de Instrumento é o que mais sofreu alterações ao longo dos tempos com as atualizações das legislações processuais brasileiras. Inúmeras são as mudanças que podem ser mencionadas: alteração da regra de competência para sua interposição, seus pressupostos de admissibilidade, peças obrigatórias a serem anexadas ao recurso, dentre outras.

No Código de Processo Civil de 1939, em seu artigo 842, foram elencadas as hipóteses de cabimento do agravo na modalidade instrumental, sendo *admissível quando não tratasse de hipótese do agravo de instrumento e houvesse decisão terminativa sem resolução de mérito*. Tal sistema era claramente imperfeito e inadequado, o que gerava diversas decisões que não se enquadravam nos requisitos do agravo e ocasionava um meio inapropriado de impugnação.

Sobre o tema, leciona Teresa Arruda Alvim:

Como se viu na exposição precedente, no Código de Processo Civil revogado, o recurso de agravo de instrumento ou no auto do processo tinha cabimento desde que houvesse previsão expressa a respeito.

Inúmeras outras decisões, que podiam ter como efeito dano irreparável, ou de difícil reparação, ao direito das partes ou influenciar o teor da sentença final, ficavam, teoricamente, imunes a ataques recursais.

Foi precisamente esta circunstância que fez com que os advogados acabassem por se valer de outros meios, que não recursais, com o fito de tentar modificar essas

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, 9ª Ed. Pág. 419 ³ ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro, 4ª Ed. Pág. 81.

decisões. Estes sucedâneos recursais eram o pedido de reconsideração, a correição parcial ou a reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança.³

Perante a malsucedida experiência com o agravo instrumental previsto no CPC/39, fora proposto, na elaboração do projeto do Código de Processo Civil de 1973 por *Alfredo Buzaid*, um modelo recursal com significantes alterações daquele anteriormente vigente.

Desse modo, o legislador em 73 tipificou as hipóteses de cabimento do recurso para as decisões interlocutórias por exclusão, ou seja, se não fosse um despacho irrecurável ou uma sentença recorrível por apelação, era cabível o agravo de instrumento, cabendo à parte optar se ele tramitaria de imediato ou aguardaria retido nos autos, sendo julgado como preliminar da apelação em momento posterior.

Todavia, essa estrutura também se revelou inadequada, o que ocasionou a reforma do texto legal em 1995. A partir daquele momento o agravo passou a ser interposto direto em segundo grau, com requisitos procedimentais específicos e de responsabilidade do recorrente, bem como a possibilidade de conceder efeito suspensivo, além do contraditório também ocorrer na instância superior.

Tal reforma tornou regra a modalidade retida e a instrumental em casos excepcionais, em que o entendimento é que somente haverá o seu cabimento quando a decisão impugnada for suscetível de causar lesão grave e de difícil reparação à parte recorrente.

[...] sob a perspectiva das diretrizes estabelecidas para a reforma da Justiça, faz-se necessária a alteração do sistema processual brasileiro com o escopo de conferir racionalidade e celeridade ao serviço de prestação jurisdicional, sem, contudo, ferir o direito ao contraditório e a ampla defesa.³

Nos códigos processuais anteriores, o Agravo de Instrumento era cabível contra qualquer decisão interlocutória proferida no curso do processo. Entretanto, conforme já mencionado, o CPC/15 trouxe expressa previsão para o cabimento do referido recurso e, nesse sentido, as interlocutórias não agraváveis, serão impugnadas através do Recurso de Apelação.

³ Projeto de Lei nº 4.727-A de 2004.

Por sua vez, foi previsto no anteprojeto de 2009 a possibilidade da recorribilidade imediata nos casos de *i) tutelas provisórias; ii) interlocutórias de mérito; iii) proferidas na execução ou no cumprimento de sentença e iv) nos demais casos expressamente previstos.*

Atualmente, o dispositivo legal que prevê o Agravo de Instrumento está redigido da seguinte maneira:

Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- tutelas provisórias;
- mérito do processo;
- rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- incidente de desconsideração da personalidade jurídica;
- rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- exibição ou posse de documento ou coisa;
- exclusão de litisconsorte;
- rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º ;
- XII - (VETADO);

XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Parágrafo único. Também caberá agravo de instrumento contra decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença ou de cumprimento de sentença, no processo de execução e no processo de inventário.

O processualista, Daniel Amorim Assumpção Neves, conceituou o Agravo de Instrumento como recurso ordinário, sendo, portanto, o remédio para impugnar decisões interlocutórias quando das hipóteses previstas no art. 1.015 do CPC, ou seja, contra pronunciamentos de cunho decisório sem natureza de sentença, em que haja expressa previsão legal:

No novo sistema recursal criado pelo Novo Código de Processo Civil é excluído o agravo retido e o cabimento do agravo de instrumento está limitado às situações previstas em lei. O art. 1.015, caput, do Novo CPC admite o cabimento do

recurso contra determinadas decisões interlocutórias, além das hipóteses previstas em lei⁴

Por sua vez, é defendido por Alexandre de Freitas Câmara que o rol acima colacionado é taxativo, mas não exaustivo, vez que o inciso XIII prevê a possibilidade de interposição de agravo nas demais hipóteses elencadas por lei, em suas palavras:

[...] E nem se diga que isto seria contraditório com a afirmação, há pouco feita, de que o rol de decisões agraváveis é taxativo. Taxatividade não se confunde com vedação à interpretação, a qual, muitas vezes, não poderá ser literal, sob pena de se construir um sistema jurídico verdadeiramente esquizofrênico.⁶

Assim, a justificativa para inúmeras transformações na legislação cinge-se no fato de que é possibilitada a reiterada interposição do Agravo de Instrumento ao longo de um mesmo processo, configurando-se como o recurso mais frequente nos Tribunais.

3 A ANÁLISE DO JULGAMENTO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS NºS 1.704.520/MT E 1.696.396/MT

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento finalizado no dia 05.12.2018, julgou os Recursos Especiais repetitivos de nºs 1.704.520 e 1.696.396, tendo decidido que o rol do artigo 1.015 do Código de Processo Civil possui taxatividade mitigada e admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a sua urgência.

Estava sob responsabilidade dos ministros a análise quanto à ampliação ou não do rol de possibilidades para interposição de agravo de instrumento, excedendo as doze situações elencadas no artigo já citado.

A relatoria dos processos ficou sob os cuidados da Ministra Nancy Andrighi e, já no início de seu voto, destacou que se estabeleceu na doutrina e na jurisprudência uma “séria e indissolúvel” controvérsia acerca da possibilidade de se recorrer desde logo de decisões interlocutórias não previstas no art. 1.015. Para ela, as posições defendidas por doutrinadores dividem-se em: *(i) rol do artigo seria*

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção, Manual de Direito Processual Civil, 9ª Ed., Pág. 1658.

⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2ª Ed., Pág. 525.

taxativo e deve ser interpretado restritivamente; (ii) rol seria taxativo, mas comportaria interpretações; e (iii) rol seria exemplificativo.

Dentre os seus exemplos, a Ministra citou o caso de uma decisão que nega o pretendido segredo de justiça requerido pela parte e enfatizou que são poucas as hipóteses previstas pelo legislador:

Se por ventura o requerimento do segredo for indeferido, ter-se-ia pela letra do artigo uma decisão irrecorrível que somente seria contestada em preliminar de apelação, quando seria inútil, pois todos os detalhes da intimidade do jurisdicionado teriam sido devassados pela publicidade.

[...]

O que se quer dizer é que sob a óptica da utilidade do julgamento revela-se inconcebível que apenas algumas poucas hipóteses taxativamente arroladas pelo legislador serão objeto de imediato enfrentamento.

Conforme o seu entendimento, se o pronunciamento jurisdicional se exaurir de plano, ocasionando uma situação jurídica de impossível ou difícil restabelecimento futuro, o reexame imediato se mostra imprescindível. Assim como é a questão relativa à competência, posto que não seria crível nem razoável o processo transitar por juízo incompetente por longo período e apenas na apelação ser reconhecida a incompetência.

O entendimento da ministra afasta a taxatividade da interpretação restritiva do rol, a interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas e que o rol é meramente exemplificativo, veja-se:

A partir de requisito objetivo – a urgência que decorre da inutilidade futura do julgamento do recurso da apelação – possibilitar a recorribilidade imediata de decisões interlocutórias fora da lista do 1.015, sempre em caráter excepcional e desde que preenchido o requisito urgência, independentemente do uso da interpretação extensiva ou analógica, porque como demonstrado, nem mesmo essas técnicas hermenêuticas são suficientes para abarcar todas as situações.

Inclusive, a relatora assevera que o caso de interpretar o dispositivo em conformidade com a vontade do legislador é subjacente à norma jurídica, em razão do recurso de agravo ser sempre cabível para situações que realmente não conseguem aguardar a rediscussão futura em eventual recurso de apelação.

Trata-se de reconhecer que o rol do 1.015 possui uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.

Ao tratar da questão da preclusão, a ministra sustentou que não haverá que se falar em preclusão de qualquer espécie, caso fosse admitida a possibilidade de se interpor agravo em situações que não possuem previsão, tendo como requisito objetivo a urgência. Quanto à modulação da tese jurídica, ela sugeriu que essa somente será aplicada nas decisões interlocutórias proferidas após a publicação do acórdão.

Assim, a tese principal do voto da relatora foi no sentido de que *“o rol do artigo 1.015 do CPC/2015 é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação.”*

Acompanharam o seu entendimento os ministros Napoleão Maia Nunes, Jorge Mussi, Luiz Felipe Salomão, Felix Fischer, Benedito Gonçalves e Raul Araújo.

Em contrapeso, inaugurou a divergência a Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Em suma, a ministra deliberou pela permanência da taxatividade do rol do artigo 1.015, por entender que foi uma opção do legislador restringir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento e que, por isso, não estaria na alçada do Superior Tribunal de Justiça expandir as hipóteses.

Impõe-se considerar, todavia, que o legislador não deixou a decisão interlocutória irrecurável, apenas postergou seu exame para momento futuro em homenagem ao princípio da duração razoável do processo, tanto que disciplinou o ponto referente à preclusão. Assim, a admissibilidade de interpretação extensiva ou analogia do rol de cabimento de agravo de instrumento, ou, ainda, a utilização do critério da urgência proposto pela relatora, creio eu, poderá gerar insegurança jurídica quanto ao instituto da preclusão.

O legislador, ao eleger a regra processual, enumerou exaustivamente as decisões interlocutórias impugnáveis por agravo de instrumento e determinou, no § 1º do art. 1.009, que versa sobre a apelação, que *“As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e*

devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões”.

Desse modo, se a decisão interlocutória não consta da lista do art. 1.015 do CPC e a parte a impugna somente em preliminar de apelação, não há falar em preclusão, pela regra posta. Porém, se houver entendimento no sentido de que o decisum poderia ter sido objeto de agravo de instrumento por interpretação extensiva ou analogia, indago: qual será o marco preclusivo?

A ministra ressaltou que a tese da taxatividade mitigada “*poderá causar efeito perverso*”, pois, com o agora risco de ter seu direito precluído, seria necessário que as partes interpusessem agravo de instrumento contra todas as interlocutórias proferidas:

Nesse contexto, pedindo as mais respeitosas vênias à relatora, penso que a tese proposta em seu voto poderá causar um efeito perverso, qual seja, a de que os advogados tenham, a partir de agora, de interpor, sempre, agravo de instrumento de todas as interlocutórias, a pretexto de que se trata de situação urgente, agora sim sob pena de preclusão (que foi tratada de forma diferente na lei processual em vigor). E, cada tribunal decidirá conforme sua convicção. Ou seja, o repetitivo não cumprirá sua função paradigmática.

Em que pese a percepção de que a prestação jurisdicional seria mais efetiva se algumas hipóteses não previstas no rol do art. 1.015 do Código de Processo Civil comportassem a impugnação na via do agravo de instrumento, não vejo como possível que o Poder Judiciário possa assumir a tarefa de criar novas hipóteses ao rol de decisões interlocutórias agraváveis, notadamente porque foi evidente a escolha do Poder Legislativo pelo *numerus clausus*.

Desse modo, para que a segurança jurídica seja preservada, mister que a flexibilização das hipóteses de cabimento de agravo de instrumento seja feita pelo legislador ordinário.

Acompanhando esse entendimento e fazendo alguns acréscimos, o Ministro João Otávio de Noronha observou que o legislador, ao reduzir as hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, aplicou o princípio da celeridade, tentando reduzir a quantidade de recursos disponível, veja-se:

O Código de Processo Civil de 2015 tem início com o capítulo denominado

“Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, no qual reconhece os princípios constitucionais, estabelecendo, já no primeiro artigo, que “o processo civil será ordenado,

disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República

Federativa do Brasil”.

Entre essas diretrizes principiológicas está a tão desejada celeridade processual. Assim, estabelece, no art. 4º, que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Foram várias as alterações que promoveu, inclusive na forma de contagem de prazos (art. 224): o legislador reduziu o número de recursos e unificou prazos processuais. A questão da morosidade inclui vários outros fatores e está longe de ser resolvida, mas certamente o excessivo número de recursos estava entre eles. Embora tímidas as alterações em relação a esse aspecto e mais acentuadas em relação aos recursos direcionados aos tribunais superiores, alguma mudança ocorreu; por exemplo, a disposição das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento em *numerus clausus*.

Trata-se de uma opção do legislador, até porque o dinamismo social atual não se coaduna mais com a ideia de um processo demorado, de cognição plena e exauriente, pois, em tais hipóteses, a satisfação chega, mas, muitas vezes, desacompanhada da necessidade do autor. Assim, a opção do legislador – sempre um reflexo dos anseios sociais – vem atrelada à necessidade de solução, mesmo que haja algum sacrifício em relação aos direitos pleiteados. Portanto, a decisão sobre a extensão ou não do rol contido no art. 1.015 do Código de Processo Civil deve harmonizar-se com o sistema adotado no código, considerando os princípios neles previstos em primeiro lugar, para estender essa harmonização ao ordenamento jurídico.

Nos mesmos termos seguiu o voto do Ministro Og Fernandes, que asseverou a opção do legislador em elencar quais seriam as decisões interlocutórias passíveis de agravo:

Registre-se que tal sistema de um rol taxativo não constitui inovação do legislador de 2015, tendo sido a solução adotada no art. 842 do CPC de 1939. Se, à época da elaboração do CPC de 1973, o legislador decidiu por alterar por completo o regime de agravo de instrumento que vigorava em 1939, o Poder Legislativo optou por seguir caminho inverso em 2015, retornando ao sistema de 1939.

No entanto, não podemos julgar de acordo com o sistema que achamos ser o melhor, mas sim conforme o sistema estabelecido pelo Poder Legislativo, composto pelos representantes do povo eleitos democraticamente com a função de legislar. Do contrário, de que serviria o rol do art. 1.015 se o Judiciário ignorar o elenco trazido na lei e erigir a urgência como critério para o cabimento do agravo de instrumento? Caso assim não fosse, o STJ estaria deixando de

aplicar o art. 1.015 do CPC sem, no entanto, declará-lo inconstitucional, o que não é adequado. E, frise-se, de inconstitucionalidade sequer se cogita, debatendo-se, isto sim, sobre a funcionalidade do novo sistema.

Contudo, restou vencedor o voto da Ministra relatora Nancy Andrich e foi firmada a tese que o rol do artigo 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada e poderá ser interposto agravo de instrumento quando houver urgência e não puder se esperar o julgamento da apelação.

Por fim, o acórdão aqui analisado, cuja tese foi amplamente discutida, restou assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. NATUREZA JURÍDICA DO ROL DO ART. 1.015 DO CPC/2015. IMPUGNAÇÃO IMEDIATA DE DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS NÃO PREVISTAS NOS INCISOS DO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. POSSIBILIDADE. TAXATIVIDADE MITIGADA. EXCEPCIONALIDADE DA IMPUGNAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES PREVISTAS EM LEI. REQUISITOS.

O propósito do presente recurso especial, processado e julgado sob o rito dos recursos repetitivos, é definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC/15 e verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa, a fim de admitir a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal. Ao restringir a recorribilidade das decisões interlocutórias Documento: 90979518 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 19/12/2018 Página 1 de 3 Superior Tribunal de Justiça proferidas na fase de conhecimento do procedimento comum e dos procedimentos especiais, exceção feita ao inventário, pretendeu o legislador salvaguardar apenas as “situações que, realmente, não podem aguardar rediscussão futura em eventual recurso de apelação”. A enunciação, em rol pretensamente exaustivo, das hipóteses em que o agravo de instrumento seria cabível revela-se, na esteira da majoritária doutrina e jurisprudência, insuficiente e em desconformidade com as normas fundamentais do processo civil, na medida em que sobrevivem questões urgentes fora da lista do art. 1.015 do CPC e que tornam inviável a interpretação de que o referido rol seria absolutamente taxativo e que deveria ser lido de modo restritivo. A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria taxativo, mas admitiria interpretações extensivas ou analógicas, mostra-se igualmente ineficaz para a conferir ao referido dispositivo uma interpretação em sintonia com as normas fundamentais do processo civil, seja porque ainda remanescerão hipóteses em

que não será possível extrair o cabimento do agravo das situações enunciadas no rol, seja porque o uso da interpretação extensiva ou da analogia pode desnaturar a essência de institutos jurídicos ontologicamente distintos. 5- A tese de que o rol do art. 1.015 do CPC seria meramente exemplificativo, por sua vez, resultaria na ripristinação do regime recursal das interlocutórias que vigorava no CPC/73 e que fora conscientemente modificado pelo legislador do novo CPC, de modo que estaria o Poder Judiciário, nessa hipótese, substituindo a atividade e a vontade expressamente externada pelo Poder Legislativo. Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, fixa-se a seguinte tese jurídica: O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de agravo de instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação. Embora não haja risco de as partes que confiaram na absoluta taxatividade serem surpreendidas pela tese jurídica firmada neste recurso especial repetitivo, pois somente haverá preclusão quando o recurso eventualmente interposto pela parte venha a ser admitido pelo Tribunal, modulam-se os efeitos da presente decisão, a fim de que a tese jurídica apenas seja aplicável às decisões interlocutórias proferidas após a publicação do presente acórdão. Documento: 90979518 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 19/12/2018 Página 2 de 3 Superior Tribunal de Justiça Na hipótese, dá-se provimento em parte ao recurso especial para determinar ao TJ/MT que, observados os demais pressupostos de admissibilidade, conheça e dê regular prosseguimento ao agravo de instrumento no que se refere à competência, reconhecendo-se, todavia, o acerto do acórdão recorrido em não examinar à questão do valor atribuído à causa que não se reveste, no particular, de urgência que justifique o seu reexame imediato. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.

4 AS INTERPRETAÇÕES DO ROL TAXATIVO DO ARTIGO 1.015 DO CPC/2015

Como sabido, a opção feita pelo legislador pela taxatividade das hipóteses de cabimento do recurso de agravo foi feita de forma consciente, contudo, subsiste uma controvérsia na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de recorrer, de imediato, contra as decisões interlocutórias que estão fora do rol da referida norma.

Dentre as posições da doutrina, existem correntes que entendem que a) o rol é absolutamente taxativo e restritivo; b) o rol é taxativo mas pode ser interpretado de forma extensiva ou analógica e c) o rol é exemplificativo.

Primeiramente, a corrente da doutrina que sustenta ser impossível qualquer espécie de extensão nas hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, possui como fundamento principal o fato do legislador ter optado por essa “restrição” e as partes não poderiam ser surpreendidas por não recorrerem, aduz abaixo:

Decisões interlocutórias agraváveis (rol fechado). O Código claramente pretendeu estabelecer rol fechado para as hipóteses passíveis de justificar a interposição do agravo de instrumento. O ideal subjacente à lista dos casos de agravo de instrumento foi a diminuição na utilização de tal via recursal, como pretendido desafogo ao Poder Judiciário. Voltou-se ao regime do CPC de 1939 (art. 842), historicamente reconhecido como desastroso (por isso alterado no CPC de 1973), na medida em que o legislador não consegue represar a realidade em seus esquemas formais. Como o rol apresentado pelo art. 1.015 é manifestamente insuficiente, não prevendo, para ficarmos apenas em um exemplo, agravo de instrumento contra decisão versando sobre competência, não tardaram entendimentos a propugnar uma interpretação ampliativa do rol estipulado.

[...]

Nada obstante, considerado o direito posto, não se pode ampliar o rol do art.

1.015, sob pena inclusive de comprometer todo o sistema preclusivo eleito pelo Código.⁵

Acompanhando esse entendimento, já foi proferido *decisum* pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, afirmando que a interpretação do cabimento do agravo instrumental deve ser restritiva, não sendo possível ampliar ou contemplar novas situações:

PROCESSUAL CIVIL. QUESTÃO AFETADA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS TENDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA O RESP Nº 1.704.250/MT.

AFETAÇÃO, CONTUDO, DESPROVIDA DE EFEITO SUSPENSIVO, MODULANDO O DISPOSTO NO INCISO II DO ART. 1.037/CPC. POSSIBILIDADE, ENTÃO, DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL PRESENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO.

DESCABIMENTO. ART. 1.015 do CPC/2015. ROL TAXATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO HÁ SIMILARIDADE ENTRE OS INSTITUTOS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO E REJEIÇÃO DE JUÍZO ARBITRAL PARA A EXTENSÃO

⁵ GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017. p. 1070.

PRETENDIDA. OPÇÃO POLÍTICO-LEGISLATIVA DO CONGRESSO NACIONAL.

Cuida-se de inconformismo contra acórdão do Tribunal de origem que negou seguimento ao Agravo Interno, em segundo grau, que rejeitou Agravo de Instrumento, com base no entendimento de que as matérias concernentes à competência do Juízo e ao indeferimento de produção de prova não estão contidas no rol do art. 1.015 do CPC/2015, sendo, por esse motivo, descabido o manejo do Agravo.

A controvérsia acerca de a decisão interlocutória relacionada à definição de competência desafiar o recurso de Agravo de Instrumento em razão da interpretação extensiva ou analógica do inciso III do art. 1.015 do CPC/2015, foi afetada ao rito do art. 1.036 do Novo CPC (correspondente ao art. 543-C do CPC/73), ou seja, o rito dos recursos repetitivos. A discussão é objeto do ProAfR no REsp 1.704.520/MT, Rel. Min. Nancy Andrighi, Corte Especial, DJe 28/2/2018. Contudo, observa-se no acórdão acima transcrito que a Corte Especial, embora afete o tema ao julgamento pelo rito repetitivo, expressamente decidiu pela NÃO suspensão dos demais processos, modulando os efeitos do inciso II do art. 1.037 do CPC/2015. Assim, apesar de afetado ao rito dos recursos repetitivos, o presente julgamento pode continuar.

Acerca do caso, considera-se que a interpretação do art. 1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento. Observa-se que as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015.

Por outro lado, não é a melhor interpretação possível a tentativa de equiparação da hipótese contida no inciso III (rejeição da alegação de convenção de arbitragem) à discussão em torno da competência do juízo. 5. Recurso Especial não provido. (REsp 1700308/PB, Rel. Ministro

HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/05/2018)

Já no outro tentáculo doutrinário, também é entendido que o rol do artigo 1.015 é taxativo, porém, pode-se atribuir uma interpretação extensiva ou analógica ao caso em comento.

Após reconhecer a insuficiência do texto da norma sobre quais questões possibilitam a interposição do recurso, os mestres propõem que haja uma

interpretação não literal aos seus incisos, de modo que seja possível adaptar situações semelhantes ou próximas as que foram taxativamente elencadas.

Sobre o assunto discorrem os professores Fredie Diddier Junior e Leonardo da Cunha:

Tradicionalmente, a interpretação pode ser literal, mas há, de igual modo, as interpretações corretivas e outras formas de reinterpretação substitutiva. A interpretação literal consiste numa das fases (a primeira, cronologicamente) da interpretação sistemática. O enunciado normativo é, num primeiro momento, interpretado em seu sentido literal para, então, ser examinado crítica e sistematicamente, a fim de se averiguar se a interpretação literal está de acordo com o sistema em que inserido.

Havendo divergência entre o sentido literal e o genético, teleológico ou sistemático, adota-se uma das interpretações corretivas, entre as quais se destaca a extensiva, que é um modo de interpretação que amplia o sentido da norma para além do contido em sua letra. Assim, “se a mensagem normativa contém denotações e conotações limitadas, o trabalho do intérprete será o de torná-las vagas e ambíguas (ou mais vagas e ambíguas do que são em geral, em face da imprecisão da língua natural de que se vale o legislador).

[...]

Adotada a interpretação literal, não se admitindo o agravo de instrumento contra decisão que trate de competência, nem contra decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual (para dar dois exemplos, explicados no exame do inciso III do art. 1.015 do CPC), haverá o uso anômalo e excessivo do mandado de segurança, cujo prazo é bem mais elástico que o do agravo de instrumento. Se, diversamente, se adota a interpretação extensiva para permitir o agravo de instrumento, haverá menos problemas no âmbito dos tribunais, não os congestionando com mandados de segurança contra atos judiciais.⁶

Deve-se ressaltar que acompanham esse entendimento os professores Teresa Arruda Alvim, Maria Lúcia Lins Conceição, Leonardo Ferres Ribeiro e Rogério Licastro Toes de Mello, ao sustentar que mesmo que taxativo, pode-se atribuir uma interpretação extensiva ou analógica ao rol.

Por último, há ainda uma parcela da doutrina que entende que o rol é meramente exemplificativo, posto que, em certos momentos, a recorribilidade das

⁶ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 248/251

decisões interlocutórias deve ser imediata, mesmo que a matéria debatida não esteja abarcada expressamente no rol ou que não seja possível atribuir uma interpretação analógica ou extensiva.

O interesse recursal é representação da utilidade + necessidade, em que, na lição de Barbosa Moreira, “o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida” (utilidade) e ainda “que seja necessário usar o recurso para alcançar tal vantagem” (necessário). O processualista ainda destaca que na utilidade para sua compreensão deve se empregar uma ótica prospectiva e não retrospectiva “a ênfase incidirá mais sobre o que possível ao recorrente esperar que se decida, no novo julgamento, do que sobre o teor daquilo que se decidiu, no julgamento impugnado... daí preferirmos aludir à utilidade, como outros aludem, como fórmula afim, ao proveito e ao benefício que a futura decisão seja capaz de proporcionar ao recorrente. [...] No sistema processual civil brasileiro, do CPC/2015, optou-se pela recorribilidade integral das interlocutórias, somente variando o recurso, agravo de instrumento ou, residualmente, apelação. Logo, algo que não pode ser esquecido é que para todo recurso impõe-se interesse recursal, sendo este não apenas um requisito do recurso sem o qual não é admissível, mas também é um direito do recorrente em relação ao Estado, uma vez identificada recorribilidade em lei, deve ser assegurada a utilidade do julgamento do recurso, inclusive em estrita observância do inc. XXXV do art. 5º, da CF/1988.

Se não há identificação literal das hipóteses legalmente previstas para agravo de instrumento, em primeiro momento, se defenderia a apelação, contudo se o seu julgamento futuro será inútil por impossibilidade de resultado prático pleno (ex. dano irreparável ou de difícil reparação), como no caso de uma perícia inadmitida, em que o prédio que seria objeto da perícia diante de uma desapropriação será rapidamente demolido, desaparecendo a utilidade de julgamento futuro da apelação, não é possível defender-se o cabimento da apelação, porque a lei não pode prever recurso inútil, logo é caso de cabimento do agravo de instrumento.

Em outras palavras, há uma taxatividade fraca, decorrente da própria definição de recorribilidade geral das interlocutórias, mas ainda taxatividade, porque o agravante tem o ônus de demonstrar que é necessário o agravo de instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de apelação.”⁷

⁷ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203.

Do mesmo modo leciona José Rogério Cruz e Tucci ao afirmar que há situações que, mesmo não discriminadas no rol do artigo 1.015 do CPC, possuem uma imprescindível necessidade em ser examinada de imediato, principalmente as questões de ordem pública, as nulidades absolutas e os motivos de extinção processual, sob pena de não respeitar os princípios do devido processo legal e razoável duração processual.

Em síntese, mesmo após quase dois anos de vigência do CPC, ainda existe um intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que tange às hipóteses de cabimento do recurso de agravo de instrumento.

A solução que foi dada pelo legislador a respeito da multiplicidade de recursos nos Tribunais acabou por gerar um cenário de vastas alternativas a serem adotadas pelas partes, o que vem trazendo inúmeros prejuízos a todos os envolvidos (partes e Judiciário).

Ainda que no CPC/2015 conste as principais decisões interlocutórias que deveriam ser submetidas imediatamente ao crivo do tribunal, e, mesmo valendo-se de uma interpretação mais ampliativa daqueles incisos que apresentam fórmulas redacionais mais abertas, persevera o fato que *“a riqueza de situações que podem surgir no dia a dia do foro, porém, escapam da inventividade do legislador”*.

Dessa forma, não se mostrou acertada a escolha do legislador do CPC/2015 ao restringir o cabimento de recurso imediato em face das decisões interlocutórias de primeiro grau, pois, além de não conseguir abarcar todas as decisões que podem ensejar a futura anulação da sentença, ensejando possíveis retrabalhos procedimentais.

Até porque, quando o projeto do CPC ainda tramitava no Congresso, o seu texto chegou a ser alterado pela Câmara dos Deputados para que fosse incluída tal hipótese (artigo 1.028, X), sendo, contudo, rechaçada pelo Senado Federal. Assim, a ausência de previsão legislativa em relação à matéria impede que seja conferida à norma uma interpretação elástica a ponto de se criar hipóteses de recorribilidade de agravo que não estejam previstas no texto legal.

Assim, verifica-se que o uso da interpretação extensiva é bastante controverso e, embora possibilite a recorribilidade de hipóteses necessárias que não estão elencadas no artigo 1.015 do CPC/15, tal técnica introduz diversos efeitos indesejáveis ao sistema de recorribilidade das decisões interlocutórias.

Por essa razão, o tema relacionado à recorribilidade das decisões interlocutórias, atrelada à taxatividade imposta pelo legislador para o cabimento do recurso do Agravo de Instrumento, ganhou força no cenário doutrinário e jurisprudencial e é certo que ainda há uma grande divergência em como deve ocorrer a interpretação do rol do artigo 1.015, mesmo com o julgamento dos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça, posto que os ministros ficaram deveras divididos em suas opiniões.

5 CONCLUSÃO

Pelo exposto, pode-se concluir que a decisão proferida pela Corte Especial do STJ extrapola os limites impostos pelo legislador a respeito do artigo 1015 do CPC, visto que a intenção de modificar a sistemática do agravo de instrumento, quando do advento do novo Código, era a de justamente restringir para as hipóteses elencadas no mencionado dispositivo a possibilidade de acessar, de imediato, a via recursal, a fim de imprimir maior celeridade e razoabilidade no trâmite e duração dos processos.

A tese fixada pelo STJ, como posta, faz o recurso de agravo de instrumento regredir à sistemática anterior – do Código de Processo Civil de 1973 – na qual a análise de seu cabimento passava justamente pela urgência da apreciação imediata do tema recorrido, sob pena de causar lesão irreversível ao prejudicado.

Também deve-se ficar atento ao fato que, ao permitir a interposição de agravo de instrumento mediante análise do caso concreto, analisando a *"urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no recurso de apelação"*, pode ocasionar insegurança jurídica e morosidade ao trâmite processual.

Isso porque, até que se fixem entendimentos jurisprudenciais consolidados sobre o cabimento do recurso, posto que a análise realizada pelos tribunais será

eminentemente subjetiva, impactará objetivamente na isonomia, celeridade, economia processual e na razoável duração do processo

Fato é que a sistemática adotada pelo legislador do novo Código de Processo Civil, ao prever o rol taxativo do artigo 1015 para o agravo de instrumento, já estava inserida no dia-a-dia dos tribunais e dos advogados, tendo em ampla aceitação e conhecidos benefícios ao bom andamento dos processos, sendo que casos excepcionais já estavam sendo tratados de forma igualmente excepcional pelos tribunais pátrios.

Ante o acórdão proferido pela Corte Especial do STJ, espera-se que os tribunais ordinários consigam aplicar corretamente a tese fixada e não sobrecarregue ainda mais o judiciário, indo contra a sua ideia inicial.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. Os agravos no CPC brasileiro, 4ª Ed. Pág. 81.

ANTEPROJETO de lei. Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil. Brasília. Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Curso de Direito Processual Civil: meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade – O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias in Revista de Processo nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, André Vasconcelos; OLIVEIRA JR., Zulmar. Execução e recursos: comentários ao CPC de 2015. São Paulo: Método, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil – Volume único. 9 ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo Código de Processo Civil – Leis 13.105/2015 e 13.256/2016. 3. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2016.

REsp 1696396/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

REsp 1704520/MT, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, CORTE ESPECIAL, julgado em 05/12/2018, DJe 19/12/2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. 1. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lucia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; e MELLO, Rogério Licastro Torres de. Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. ed. rev., ampl. e atual São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

TEORIA DA CAUSA MADURA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

THEORY OF MATURE CAUSE IN THE SUPERIOR COURT OF JUSTICE

Nerly Ferreira Reis¹

RESUMO

A tendência do Direito Processual Civil brasileiro é aprimorar a prestação jurisdicional, dando maior efetividade à tutela a ser entregue ao cidadão. Com o objetivo de imprimir maior funcionalidade na tramitação processual, a Teoria da Causa Madura passou por inúmeras mudanças. Este artigo visa apresentar um panorama geral da Teoria da Causa Madura no Código de Processo Civil 2015, centrado em sua aplicabilidade no Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Causa Madura; Código de Processo Civil; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The tendency of the Brazilian Civil Procedural Law is to improve the jurisdictional provision, giving greater effectiveness to the judicial protection to be delivered to the citizen. With the objective of giving greater functionality to the procedure, the Theory of Mature Cause has undergone numerous changes. This article aims to present an overview of the Theory of Mature Cause in the Code of Civil Procedure 2015, centered on its applicability in the Superior Court of Justice.

Keywords: Theory of Mature Cause; Civil Procedure Code; Superior Court of Justice.

¹ Bacharel em Direito. Aluno do Curso de Pós-graduação *lato sensu* do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: nerlyf@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O tempo exerce um poder crucial sobre o processo. A celeridade na prestação da tutela jurisdicional pode ser responsável pela proteção e garantia do direito discutido pelas partes, já a demora no fornecimento dessa mesma tutela pode ser determinante para o perecimento do direito. Desse modo, a demora na solução do litígio impõe a todos os litigantes um prejuízo.

A morosidade do judiciário é um dos principais problemas enfrentados pelo processo civil contemporâneo. A noção de justiça não está atrelada apenas à ideia de um processo justo, onde tenha ocorrido a correta atribuição do direito ao caso concreto, mas também à concretização de uma tutela jurisdicional célere e efetiva.

A noção de duração razoável de processo, enquanto princípio constitucional, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 45. Assim, incluiu-se o inciso LXXVIII ao artigo 5º, da Constituição Federal, o qual dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.²

Trata-se de previsão constitucional explícita da garantia da razoável duração do processo. O grande desafio do legislador, na concretização dessa a garantia, é a construção de técnicas processuais capazes de tutelar, de forma célere e eficaz, os direitos materiais.

É nesse cenário que surge o Código de Processo Civil de 2015 (Lei nº 13.105/2015), o qual instituiu um novo modelo processual, preocupado, sobretudo, com o julgamento do mérito de modo efetivo e ágil e com o respeito à coerência e integridade das decisões judiciais. Sob essa ótica, o processo deve ser compreendido

² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/4/2019.

como mecanismo realizador dos preceitos constitucionais, definitivamente enquadrado na realidade social e política, não mais visto como instrumento formalista. Mais do que solucionar conflitos, a tutela jurisdicional deve garantir direitos fundamentais, adequada e racionalmente.

Dentre as inovações do Código de Processo Civil de 2015, situa-se a teoria da causa madura, instituto que, embora já previsto pelo regramento anterior, foi consideravelmente ampliado pelo novo regime, estando previsto de modo específico no artigo 1.013, § 3º, do NCPC. Apesar de não se tratar de um instituto inédito, a jurisprudência ainda não é pacífica a respeito de diversos pontos que permeiam o estudo de tal teoria, havendo discussão até mesmo quanto à sua observância nos processos de competência do Superior Tribunal de Justiça. E é sobre este ponto, em específico, que recai a análise deste artigo.

2 TEORIA DA CAUSA MADURA: APARATO CONCEITUAL

A teoria da causa madura é uma técnica de julgamento que autoriza o tribunal adentrar diretamente no mérito da demanda, sem que seja necessário determinar o retorno dos autos para a origem, desde que a causa reúna todas as condições para a sua imediata apreciação.³

Em suma, a teoria possibilita a abreviação do curso do processo, em virtude da desnecessidade de retorno do processo para o juízo de origem. Assim, o tribunal, em grau recursal, quando está diante de uma causa madura, pode avançar na análise do mérito, mesmo que não tenha havido pronunciamento judicial do juízo *a quo* sobre o objeto do litígio. Desse modo, inaugura-se, pelo órgão de segunda instância, de forma excepcional e legítima, o enfrentamento da questão meritória, mitigando o princípio do duplo grau de jurisdição, haja vista que não será mais possível, a rigor, obter uma nova análise de justiça da decisão proferida pelo colegiado.

A melhor hermenêutica constitucional ensina que não há princípios constitucionais absolutos. Estes podem ser relativizados diante de uma situação que tenha como escopo salvaguardar outros princípios de mesma envergadura

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. 3. ed. rev. Atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1743.

constitucional. Assim, como a Constituição Federal prevê o acesso à justiça e a celeridade processual como princípios constitucionais, o princípio do duplo grau cede espaço a estes em busca da coesão do ordenamento jurídico.

Originariamente, esse era um ponto controvertido na doutrina. Isso porque a Constituição Federal de 1988 não faz alusão expressa ao duplo grau de jurisdição. Por essa razão, parte da doutrina entende que o aludido duplo grau de jurisdição não foi alçado à categoria de princípio constitucional.

Daniel Amorim Assumpção Neves pontua que:

Existe outra corrente doutrinária que defende não ter o princípio do duplo grau de jurisdição previsão constitucional, nem mesmo implícita. A constitucionalidade dos embargos infringentes com previsão na Lei de Execuções Fiscais e o recurso inominado dos Juizados Especiais Cíveis demonstram a possibilidade de lei infraconstitucional retirar o duplo grau de jurisdição em situações específicas. Para essa corrente doutrinária é plenamente possível que o legislador infraconstitucional retire em determinadas situações o duplo grau de jurisdição, medida justificada pela garantia de outros princípios processuais.

Esse é o melhor entendimento, não podendo entender que a mera previsão constitucional de diferentes tribunais seja suficiente para daí concluir pela previsão implícita do duplo grau de jurisdição. A existência de tais tribunais garante o sistema recursal, mas não consagra o duplo grau de jurisdição, não sendo correto se entender que, somente pela razão de existirem tribunais, toda e qualquer demanda deva ser reexaminada por um deles.⁴

No entanto, este não é o entendimento que prevalece. Majoritariamente, entende-se que o duplo grau de jurisdição se trata de princípio constitucional, mas de um princípio implícito, razão pela qual admite determinadas restrições, algumas das quais são impostas, inclusive, pela própria ordem constitucional, como no caso da fixação das competências originárias dos tribunais.

Humberto Theodoro Júnior ressalta, com precisão:

Dentro dessa moderna visão, o duplo grau de jurisdição assume dimensão muito maior no tratamento constitucional dos princípios fundamentais do processo. Somente será afastável quando, por meio de outros mecanismos, for

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1582-1583.

substituído por expediente capazes de fazer-lhes as vezes. É o que, por exemplo, se passa com as causas de competência originária dos tribunais. Aqui, o julgamento coletivo, procedido por intermédio de votos de diversos juízes, reduz, em princípio, o risco de uma vontade solitária de se distanciar da boa técnica de formulação do provimento jurisdicional. A par disso, sempre restará o remédio dos embargos de declaração para forçar o colegiado a superar as lacunas e deficiências do acórdão eventualmente desatento às prescrições da garantia do contraditório efetivo e justo.⁵

Neste passo, há certo consenso em sustentar que a teoria da causa madura não viola o princípio do duplo grau de jurisdição, na medida em que este não possui guarida expressa pela ordem constitucional e não é absoluto, admitindo supressões compatíveis com o sistema, como é o caso do instituto.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr, aduz:

Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier ponderam que, sem embargo de não vir expresso no texto constitucional, o princípio do duplo grau de jurisdição é considerado de caráter constitucional em virtude de estar umbilicalmente ligado a moderna noção de Estado de Direito, que, por sua vez, exige o controle, em sentido duplo, das atividades do Estado pela sociedade. Asseveram que o duplo grau desempenha controle nos dois planos: a sociedade, que, em cada processo, está ‘figurada’ pelas partes, exerce o controle da atividade estatal por meio do manejo de recursos; e, no plano interno do Poder Judiciário, os órgãos hierarquicamente superiores ‘controlam’ as decisões proferidas dos inferiores.

Advertem, entretanto, que o princípio do duplo grau de jurisdição, conquanto de cunho constitucional, comporta limitações, cujo exemplo está no §3º do art. 515, do CPC, que permite ao Tribunal, no julgamento de apelação interposta contra sentença terminativa, conhecer diretamente do mérito, desde que a causa verse exclusivamente sobre questão de direito e esteja pronta para julgamento; nesse caso, mesmo não havendo apreciação da matéria meritória pelo primeiro grau, é permitido que o órgão ad quem analise o mérito, intocado por aquele.⁶

No entanto, caso não tenha sido conferida oportunidade para o réu se manifestar sobre a questão de fundo, dúvida inexistente de que o julgamento do mérito,

⁵ Theodoro Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Revista, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 60-61.

⁶ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. V.3. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm: Revista, ampliada e atualizada, 2014. P. 19-20.

pelo tribunal, vulnera a garantia do *due process of law*. Não é, aliás, por outra razão que, examinando a teoria da causa madura, Daniel Assumpção Neves assevera que:

Havendo qualquer outro ato a ser praticado antes da prolação da nova decisão, o tribunal deverá devolver o processo ao primeiro grau de jurisdição. Em razão disso, é inaplicável o art. 1.013, §3º, I, do Novo CPC na hipótese de indeferimento da petição inicial (art. 330 do Novo CPC).⁷

Neste diapasão, não há qualquer vício de inconstitucionalidade na teoria da Causa Madura. Sua previsão apenas mitiga o princípio do duplo grau de jurisdição, tendo como premissa o seu caráter relativo, assim como privilegia outros princípios constitucionais de igual envergadura. Todo este processo é realizado em busca de salvaguardar o princípio da unidade da Constituição.

3 TEORIA DA CAUSA MADURA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

O artigo 1.013, que trata do efeito devolutivo da apelação, enumerou em seu parágrafo terceiro as hipóteses de aplicação da referida teoria da seguinte forma:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada.

§ 1º Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, desde que relativas ao capítulo impugnado.

§ 2º Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

§ 3º Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:

I - reformar sentença fundada no art. 485;

II - decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;

III - constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;

IV - decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

⁷ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1653.

§ 4º Quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau.

§ 5º O capítulo da sentença que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável na apelação.⁸

Como se vê, comparativamente, o CPC/2015 avançou na temática, tendo em vista que o diploma processual passou a enumerar as hipóteses nas quais o tribunal, durante o julgamento da apelação, passará ao julgamento de mérito, ainda que o juízo *a quo* não o tenha apreciado, elucidando o seu âmbito de incidência. Desta forma, a teoria da causa madura implica no permissivo legal para a pronúncia pelo tribunal sobre o mérito da causa, mesmo que o juízo de origem não tenha formado o seu convencimento sobre a matéria, isto diante das hipóteses legais.

Constata-se que o dispositivo do novo código elencou três novas hipóteses que admitem a aplicação da Teoria da Causa Madura, passando a não ficar mais adstrita às sentenças terminativas.

O inciso I do artigo retro dispõe sobre a possibilidade de aplicação da teoria da causa madura em sentenças terminativas, já previstas no Código de Processo Civil revogado, não caracterizando nenhuma inovação legislativa.

Por outro lado, os incisos II a IV e o parágrafo quarto do referido dispositivo elucidam novas hipóteses de cabimento da teoria em questão, ampliando sua aplicabilidade no ordenamento jurídico processual. Sobre o referido texto legal, tece Daniel Amorim Assumpção Neves tece as seguintes considerações:

Nas hipóteses previstas pelos incisos II, III e IV do §3º do art. 1.013 do Novo CPC tem-se uma sentença de mérito viciada anulada pelo julgamento da apelação com a permissão ao tribunal de, ao invés de encaminhar o processo novamente ao primeiro grau para a prolação de uma nova sentença de mérito, julgar imediatamente o mérito da ação. Trata-se de novidade sem correspondência no revogado CPC/1973.

A incongruência da sentença com os limites do pedido ou da causa de pedir é motivo de anulação da sentença pelo recurso de apelação e julgamento imediato de mérito pelo tribunal. Dessa forma, reconhecendo o tribunal ser a sentença extra petita ou extra causa petendi, o processo não deve retornar ao

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 12/4/2019.

primeiro grau, cabendo ao tribunal, após a anulação da sentença, julgar novamente o mérito da ação. A previsão legal contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça formada na vigência do CPC/1973 (informativo 504/STJ, 4ª Turma, REsp 988.870/SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 27.11.2007, DJ10.12.2007).

Na hipótese de sentença ultra petita (não existe sentença ultra causa petendi) também haverá uma incongruência entre os limites do pedido e a sentença, mas nesse caso não há como se aplicar o dispositivo legal em razão da previsão de seu caput. Não haverá nesse caso decisão desde logo de mérito, porque constatando o tribunal ser a sentença ultra petita anula-se apenas a parte excedente da decisão (STJ, 5ª Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.004.687/DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 02/12/2010, DJe 13/12/2010; STJ, 1ª Turma, REsp 721.741/PR, rel. Min Teori Albino Zavaski, j. 03/11/2009, DJe 13/11/2009).

A segunda hipótese de julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento da apelação é a sentença citra petita, quando o juízo de primeiro grau deixa de decidir um ou mais dos pedidos formulados pelas partes. Nesse caso a previsão do art. 1.013, §3º, III, do novo CPC, permite ao tribunal a complementação do julgamento, passando a enfrentar de forma originária os pedidos que deixaram de ser decididos em primeiro grau em razão da omissão do juiz singular. Mais uma vez a novidade legislativa contraria a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema na vigência do CPC/1973 (STJ, 4ª Turma, EDcl no REsp 1.120.322/RS, rel Min. Antonio Carlos Ferreira, j. 04/06/2013, DJe 17/06/2013; STJ, 2ª Turma, AgRg no AREsp 166.848/PB, rel Min. Castro Meira, j. 26/02/2013, DJe 05/03/2013).

Por fim, o inciso IV, do § 3º do art. 1.013 do Novo CPC, permite o julgamento imediato do mérito da ação pelo tribunal no julgamento de apelação que anula a sentença em razão da falta da fundamentação. Nesse caso, ao invés de devolver o processo ao juízo que prolatou a sentença viciada para lhe dar uma segunda chance de prolator sentença devidamente fundamentada, o próprio tribunal anula a sentença e passa a decidir de forma fundamentada o mérito da ação.

Nesse caso o tribunal não reforma a sentença, mas a anula e profere uma nova decisão de mérito (enunciado 307 do FPPC: ‘reconhecida a insuficiência da sua fundamentação, o tribunal decretará a nulidade da sentença e, preenchidos os pressupostos do § 3º do art. 1.013, decidirá desde logo o mérito da causa’).⁹

⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. 3 ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1745-1746.

Como visto a teoria da causa madura encontra-se prevista no parágrafo terceiro do artigo 1.013 do CPC/2015, que trata do efeito devolutivo da apelação. Todavia, a incidência de tal teoria não deve se limitar ao referido recurso. Por ser um instrumento que viabiliza a celeridade processual, não há razões para ser utilizado exclusivamente no julgamento da apelação. Esse entendimento, inclusive, já era defendido pela maioria dos autores, ainda quando da vigência do código revogado. Nesse ponto, Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta:

Conforme se nota da expressa previsão do art. 1.013, § 3º, I, do Novo CPC, a norma diz respeito à apelação, sabidamente uma das espécies recursais. Ocorre, entretanto, que parcela considerável da doutrina entende ser a regra pertencente à teoria geral dos recursos. Dessa forma, defende-se a aplicação da regra em todo e qualquer recurso, em especial no agravo de instrumento, recurso ordinário constitucional e recurso inominado nos Juizados Especiais, sem, entretanto, desprezar a priori outras espécies recursais, tais como o recurso especial e o recurso extraordinário, por mais particular que seja o caso concreto.¹⁰

Neste passo, o artigo 1.027, § 2º, do NCPC, encampando essa hipótese, estabeleceu que o disposto no artigo 1.013, § 3º aplica-se ao recurso ordinário. Desse modo, o novo sistema abrigou o que já vinha sendo sustentado há alguns anos por parte da doutrina e, também, aceito pela jurisprudência, que é a expansão do alcance da teoria da causa madura.

4 TEORIA DA CAUSA MADURA NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A questão ainda não está consolidada na jurisprudência, havendo ainda resistência em alguns tribunais brasileiros e na doutrina. Todavia, pela ampliação das hipóteses de incidência da teoria em estudo no novo Diploma Processual Civil, a tendência é permitir a sua aplicação não somente à apelação, mas também a outras espécies recursais.

Sobre o tema, ainda sob a égide do Código de Processo Civil de 1973, Fredie Didier Jr aduz:

¹⁰ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1655

Como será visto no capítulo sobre o recurso ordinário constitucional, há discussão sobre a aplicação do § 3º do art. 515 do CPC a esse recurso, por analogia, tendo em vista a sua semelhança com o recurso de apelação. Há quem defenda, ainda, com razão, a aplicação do dispositivo ao recurso inominado nos Juizados Especiais. Gervásio Lopes Jr. vai além: entende que a aplicação do instituto é possível em todos os recursos, salvo os embargos de declaração e o recurso contra decisão que não admite outro recurso (como o agravo do art. 544 do CPC, por exemplo).¹¹

Nesse sentido, importa citar o entendimento de Alexandre Freitas Câmara acerca dessa possibilidade:

Sendo o recurso ordinário constitucional uma verdadeira apelação, a ele se aplica todo o regime desta espécie recursal (FPC, enunciado 357: ‘Aplicam-se ao recurso ordinário os arts. 1.013 e 1.014’), inclusive – e principalmente – no que concerne à produção dos efeitos devolutivo, translativo e suspensivo. Estabelece expressamente a lei processual no art. 1.013, § 3º (que trata do efeito translativo da apelação).¹²

Em conclusão, é perfeitamente possível vislumbrar a possibilidade de se julgar diretamente qualquer questão pelo tribunal, desde que, é claro, os requisitos legais estejam satisfeitos, independentemente do recurso manejado pela parte.

4.1 Teoria da causa madura no recurso ordinário no Mandado de Segurança

O recurso ordinário Constitucional é recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, cujo objetivo é impugnar decisões denegatórias de mandado de segurança, *habeas data* e mandado de injunção. Seu regramento está disciplinado no artigo 105, II, da CF, reproduzido no artigo 1.027, II, do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão;

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça

¹¹ DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. V.3. 12 ed. Salvador: Ed. JusPodivm: Revista, ampliada e atualizada, 2014. p. 111.

¹² CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 544.

dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

§ 1º Nos processos referidos no inciso II, alínea ‘b’, contra as decisões interlocutórias caberá agravo de instrumento dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses do art. 1.015.

§ 2º Aplica-se ao recurso ordinário o disposto nos arts. 1.013, § 3º, e 1.029, § 5º.¹³

Por meio da leitura do supramencionado dispositivo, é possível concluir que o Superior Tribunal de Justiça exerce, na hipótese delineada, competência recursal de 2º grau de jurisdição. Dessa forma, ao contrário dos recursos excepcionais, o recurso ordinário constitucional não requer prequestionamento e pode envolver reexame de provas.

Outra importante informação a respeito do recurso ordinário constitucional diz respeito ao alcance da expressão “denegatória”, presente nos dispositivos citados. Entende-se, inclusive em âmbito jurisprudencial, que tal vocábulo externaria não só as decisões de improcedência, como também as extintivas do feito sem resolução do mérito, o que para o presente estudo importa em considerar a aplicação da Teoria da Causa Madura.¹⁴

Por tais características é racional entender que tal recurso aproxima-se muito da apelação, motivo pelo qual se autoriza vislumbrar a aplicação da Teoria da Causa Madura ao recurso ordinário constitucional, condicionada as hipóteses do artigo 1.013, § 3º, do CPC. Não é à toa que a doutrina, mesmo sob a vigência do CPC de 1973, já entendia ser aplicável a Teoria da Causa Madura ao recurso ordinário constitucional.

Daniel Assumpção Neves assenta:

A aproximação do recurso ordinário com a apelação, já constatada pela doutrina diante do CPC/1973, ficou ainda mais evidente no Novo Código de Processo Civil quando o art. 1028, caput, passou a prever expressamente, quanto aos

¹³ BRASIL. Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 12/4/2019.

¹⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. 3 ed. rev. atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1802.

requisitos de admissibilidade e ao procedimento, a aplicação ao recurso ordinário constitucional das disposições relativas à apelação e ao Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. Por expressa previsão também passou a ser admitida a aplicação da teoria da causa madura (art. 1.027, § 2º, Novo CPC).¹⁵

No mesmo sentido, Alexandre Câmara destaca:

Tanto neste caso, de recurso ordinário constitucional para o STJ, como naqueles de recurso ordinário para o STF, ter-se-á um processo de competência originária de tribunal (de segunda instância ou superior, conforme o caso) e, da decisão desfavorável ao demandante se admite um recurso ordinário (isto é, um recurso que permite sejam suscitadas questões de fato e questões de direito), o qual exercerá função equivalente à da apelação, já que será capaz de permitir o reexame integral da causa.

Mais evidente ainda é a aproximação entre o recurso ordinário constitucional e a apelação quando se verifica ser também de competência do STJ conhecer de recurso ordinário constitucional nos processos em que são partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa, natural ou jurídica, residente ou domiciliada no Brasil (art. 1.027, II, b). Estes processos são de competência originária dos juízes federais de primeira instância (art. 109, II, da Constituição da República) e, contra a sentença (ou contra as decisões interlocutórias não agraváveis) será admitido recurso ordinário constitucional para o STJ. Como facilmente se percebe, trata-se de uma ‘apelação com outro nome’, uma apelação constitucional, que só não é chamada de apelação por não ser submetida a julgamento pelo tribunal de segunda instância (que é, a rigor, o tribunal de apelações), mas ao Superior Tribunal de Justiça. Esta Corte de superposição atua, neste caso, como órgão de segundo grau de jurisdição, julgando apelação (ainda que chamada por outro nome, recurso ordinário constitucional) e, também, os agravos de instrumento, cabíveis nos casos previstos no art. 1.015 (1.027, § 1º).¹⁶

No Superior Tribunal de Justiça, há registros favoráveis a aplicação da teoria da causa madura (prevista no artigo 515, §3º, do CPC/73) no recurso ordinário no mandado de segurança, como se pode observar na Ementa do RMS 20.491, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 23/10/2009, *in verbis*:

¹⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1712.

¹⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 543-544.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ORDINÁRIO. TEORIA DA CAUSA MADURA. POSSIBILIDADE. AQUISIÇÃO DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. LIMITAÇÕES LEGAIS AO CREDITAMENTO DE ICMS. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE.

1. Na ação mandamental, a impetrante pretende ser autorizada a compensar crédito de ICMS oriundo da aquisição de bens destinados ao ativo permanente, uso e consumo da impetrante, bem como quanto à aquisição de energia elétrica e serviços de comunicação, sem a incidência das restrições qualitativas e temporais impostas pelas Leis Complementares n°s 99/1999, 102/2000 e pelas Leis Estaduais n°s 3.419/2000 e 3.453/2000, tendo essas últimas reproduzido as limitações contidas na apontada legislação federal.

2. No caso, é desnecessária nova remessa dos autos ao Tribunal a quo, uma vez que a causa está madura para julgamento, por envolver matéria exclusivamente de direito, permitindo a aplicação do art. 515, § 3º, do CPC. Essa providência coaduna-se com os princípios da celeridade e instrumentalidade processuais e com a razoável duração do processo, consagrada no art. 5º, LXXVIII, do Texto Constitucional. Precedentes.

3. É possível o creditamento de ICMS na aquisição de bens destinados ao ativo fixo após a vigência da Lei Complementar 87/96. Entretanto, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade nas restrições qualitativas e temporais estabelecidas por Leis Complementares posteriores. Do mesmo modo, não há vícios nas leis estaduais que reproduzem as limitações estabelecidas na legislação federal. Precedentes do STJ e do STF.

4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. Para melhor visualizar a hipótese em comento, imagine-se o seguinte caso: João, governador do Estado do Rio de Janeiro, sob determinado fundamento, impetra mandado de segurança junto ao TSE com o objetivo de anular decisão do próprio tribunal que lhe aplicara multa. O TSE, ao apreciar o *writ*, denega-o, extinguindo o processo sem resolução do mérito, alegando a ausência de condição da ação, a saber, do direito líquido e certo fundamentador do *mandamus*. Irresignado, João interpõe Recurso Ordinário Constitucional junto ao STF objetivando a reforma da decisão, postulando o afastamento da suposta ausência de condição da ação, e a análise do mérito para que lhe seja afastada a imposição da multa.¹⁷ (Grifo nosso)

Cumpre salientar, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o Recurso Extraordinário n° 621.473, de relatoria do ministro Marco Aurélio,

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança n° 20.491/RJ. Relator: Ministro Castro Meira. DJe de 23/10/2009. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

interposto contra acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, no qual foi aplicada a teoria da causa madura no julgamento de recurso ordinário em mandado de segurança, entendeu pela inaplicabilidade do disposto no artigo 515, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 à espécie. O julgado possui a seguinte ementa:

RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – MANDADO DE SEGURANÇA – DEVOLUTIVIDADE. O disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não se aplica ao recurso ordinário em mandado de segurança, cuja previsão, no tocante à competência, decorre de texto da Constituição Federal. Precedentes: Embargos de Declaração no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 24.309/DF, julgado na Primeira Turma, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 21.469/DF e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 23.286/DF, julgados na Segunda Turma, todos de minha relatoria, e Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.959/DF, julgado no Pleno, redator para o acórdão Ministro Menezes Direito, com acórdãos publicados no Diário da Justiça de 30 de abril de 2004, 7 de agosto de 1992, 11 de junho de 1999 e 15 de maio de 2009, respectivamente.¹⁸

Por oportuno, trago à colação trecho do voto condutor do referido recurso:

Em primeiro lugar, tenham em consideração a natureza especial da norma do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil dirigida às hipóteses de competência originária do Juízo e não de Tribunal. Se é certo que o recurso ordinário conta com devolutividade semelhante à da apelação, não menos correto é que envolve dois tribunais e, então, não cabe queimar etapas. O preceito estabelece que, nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito – artigo 267 –, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento, isso tendo em vista a apelação. No entanto, o disposto no § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil não guarda adequação com o recurso ordinário constitucional alusivo ao indeferimento do mandado de segurança na origem.

Concluo que o caso não enseja o julgamento de imediato do mérito do mandado de segurança, que não se confunde com as lides em geral, devendo ser apreciado pelo órgão competente, mesmo porque descabe assentar que o § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, na redação imprimida pela Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, veio a versar a competência do Superior Tribunal de Justiça prevista na Carta da República.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 621.473/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe de 23/3/2011. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em 12/4/2019.

Nesse sentido decidiu a Primeira Turma no julgamento dos Embargos de Declaração no Recurso em Mandado de Segurança nº 24.309/DF e a Segunda Turma nos Recursos Ordinários em Mandado de Segurança nº 21.469-4/DF e 23.286/DF, todos da minha relatoria.

Mais recentemente, em 23 de março de 2009, o Plenário posicionou-se no mesmo sentido. Confirmam com a ementa do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 26.959, em que designado redator para o acórdão o Ministro Menezes Direito:

Recurso em mandado de segurança. Anistia política. Pensão militar. Imposto retido na fonte. Lei nº 10.559/02. Autoridade coatora. Legitimidade.

1. A folha de pagamento dos militares corre à conta do Ministério do Exército. O Ministro de Estado da Defesa e o Comandante do Exército, portanto, detêm o poder de determinar a interrupção dos descontos relativos ao imposto de renda feitos nos proventos da recorrente, exatamente o objeto da impetração. Legitimidade, assim, das citadas autoridades para figurar no polo passivo do mandado de segurança.

2. Recurso ordinário provido para reconhecer a legitimidade passiva das autoridades apontadas como coatoras e determinar a devolução dos autos ao Superior Tribunal de Justiça para a apreciação do mérito do mandado de segurança, inaplicável o art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil.

Ante o quadro, conheço do extraordinário e acolho o pedido nele formulado para, reformando o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, determinar o retorno do processo ao Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios para que, ultrapassado o aspecto da falta de interesse de agir, julgue a demanda como entender de direito.

Naquela oportunidade, o ministro Dias Toffoli assentou que “a premissa é que se deve partir da competência fixada pela Constituição, não ler a Constituição a partir do Código de Processo Civil.”

Em razão desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça firmou posicionado pelo não cabimento dessa teoria no recurso ordinário interposto em sede de mandado de segurança. Nesse sentido, destaca-se o RMS 41.518, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 28/09/2018, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PRECATÓRIO. REVISÃO. JULGAMENTO MONOCRÁTICO PELO RELATOR. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE A PETIÇÃO INICIAL DO MANDAMUS. INOVAÇÃO DO

PEDIDO NÃO CARACTERIZADA. ART. 515, § 3º, DO CPC/1973. INAPLICABILIDADE.

1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que 'o relator está autorizado a decidir monocraticamente o recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior (arts. 557 do CPC). Ademais, eventual nulidade da decisão singular fica superada com a apreciação do tema pelo órgão colegiado em sede de agravo interno'. (AgRg no AREsp 404.467/RS, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 22/04/2014, DJe 05/05/2014)' (AgInt no AREsp 1.189.088/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2018, DJe 24/05/2018).

2. Caso concreto em que, a partir da leitura das razões do agravo regimental, conclui-se que o então agravante limitou-se a impugnar o fundamento da decisão monocrática que indeferiu liminarmente a petição inicial do *mandamus* – suposta ausência de interesse de agir –, inexistindo falar, portanto, em inovação do pedido.

3. **'Por ser inaplicável, *in casu*, a teoria da causa madura (artigo 515, § 3º, do CPC), mister se faz o retorno dos autos à instância de origem para apreciação das demais questões ventiladas na feito, sob pena de o STJ incorrer em indevida supressão de instância'** (AgRg no RMS 49.329/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 18/12/2015).

4. Recurso ordinário provido, para anular o acórdão recorrido e, via de consequência, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do agravo regimental interposto pelo Estado do Amazonas, dando-lhe a solução que entender de direito.¹⁹ (Grifo nosso)

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, era de se esperar a pacificação da controvérsia, tendo em vista o disposto no § 2º do artigo 1.027 do referido *codex*. No entanto, no julgamento do RMS 57.280, Rel. Min. Regina Helena Costa, em recurso ordinário interposto já na vigência do CPC de

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 41.518/AM. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe de 28/9/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

2015, esse tema foi enfrentado pela Primeira Turma do STJ, que manteve os entendimentos anteriores do próprio Tribunal, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE.** PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXISTÊNCIA. RETORNO DOS AUTOS PARA O TRIBUNAL DE ORIGEM PARA PROCESSAMENTO DO MANDAMUS. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA DESCONSTITUIR A DECISÃO ATACADA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. DESCABIMENTO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Na espécie, o acervo probatório juntado é suficiente para possibilitar o processamento do *mandamus*, sendo prematura a extinção do feito sem julgamento do mérito.

III - Não apresentação de argumentos suficientes para desconstituir a decisão recorrida.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V- Agravo Interno improvido.²⁰ (Grifos nossos)

No acórdão *supra*, a Ministra relatora, mesmo reconhecendo a existência de acervo probatório suficiente para possibilitar o processamento do *mandamus*, determinou o retorno dos autos ao Tribunal origem, sob o argumento de que a teoria da causa madura não se aplica aos recursos ordinários.

4.2 Teoria da causa madura no recurso especial

O recurso especial tem previsão no artigo 105, III, da CF e artigos 1.029 e ss., do CPC de 2015. O objetivo primordial desse recurso é uniformizar a interpretação da lei federal e garantir sua uniformidade no território nacional.

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 57.280/PI. Relatora: Ministra Regina Helena Costa. DJe de 21/9/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

Nesta senda, o recurso excepcional não representa acesso a uma terceira instância, uma vez que possui missão constitucional especificamente delineada, a saber, uniformizar a interpretação da norma federal.

Diante de tal função específica, bem como de requisitos especiais para o manejo de tal recurso (causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios), seria forçoso concluir que a Teoria da Causa Madura não teria abrigo em tal instrumento, por manifesta incompatibilidade.

Como visto, o recurso especial tem como pressuposto de admissibilidade peculiar a necessidade de prequestionamento, que consiste na prévia invocação pela parte da questão a ser decidida ou apreciada pelo Tribunal local.

Quanto ao tema, adverte o Professor Alexandre Freitas Câmara:

Em primeiro lugar, é preciso ter claro que o RE e o REsp só são admissíveis depois de esgotados os recursos admissíveis nas instâncias ordinárias (o que resulta da exigência de que a causa já tenha sido decidida em única ou última instância). Assim, por exemplo, se é proferida por juízo de primeira instância uma sentença que contraria dispositivo da Constituição Federal, não se poderá admitir a interposição de recurso extraordinário, já que cabível apelação. Impõe-se, assim, o esgotamento das instâncias ordinárias para que se abram as portas das instâncias excepcionais.

(...)

Da exigência de que o recurso seja interposto contra causas decididas em única ou última instância algo mais se extrai, porém: o requisito do prequestionamento. Este é requisito específico de admissibilidade do recurso extraordinário e do recurso especial e, pois, se não estiver presente ficará inviável a apreciação do mérito do recurso, o qual não poderá ser admitido.

Pquestionamento é a exigência de que o recurso especial ou extraordinário verse sobre matéria que tenha sido expressamente enfrentada na decisão recorrida. É que só se admite o recurso extraordinário (ou recurso especial) a respeito de causas decididas (para usar-se aqui a terminologia empregada no texto constitucional). Significa isto dizer que o RE e o REsp só podem versar sobre o que tenha sido decidido, não sendo possível, nestas duas espécies recursais, inovar

suscitando-se matéria (ou fundamento) que não tenha sido suscitado e apreciado na decisão recorrida.²¹

Ainda sobre a necessidade do prequestionamento nos recursos excepcionais, destaca-se trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence no julgamento do AI 140.623-AgR, Primeira Turma, DJ de 18/9/1992:

Ora, o fato de não estar explícito na Constituição, não afeta a exigibilidade do prequestionamento como pressuposto do recurso extraordinário. Antiga e firme jurisprudência desta Corte o reputa da própria natureza do recurso extraordinário. Ao julgá-lo, o Tribunal não se converte em terceiro grau de jurisdição, mas se detém no exame do acórdão recorrido e verifica se nele a regra de direito recebeu boa ou má aplicação. Daí a necessidade de que no julgamento impugnado se tenha discutido a questão constitucional posta no extraordinário.²²

O apelo especial, portanto, possui como pressuposto que a causa tenha sido examinada e decidida em única ou última instância, o que impediria a aplicação da teoria da causa madura. Por conseguinte, a utilização desta técnica de julgamento, pela instância especial, vedaria às partes a possibilidade do exercício do princípio do duplo grau de jurisdição, e a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça não estaria, desde que não tenha sido violado preceito constitucional, sujeita à revisão.

Não obstante, exista no âmbito daquela Corte Superior posicionamento divergente (REsp 998.460, Rel. Min. Nancy Andrighi²³), a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido da inaplicabilidade da teoria da causa madura no recurso especial. Confira-se, nesse sentido, recente julgado Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS NOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. TEORIA DA CAUSA MADURA. INAPLICABILIDADE NO ÂMBITO DO RECURSO ESPECIAL.

²¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 545-546.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 140.623-AgR/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 18/9/1992. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 12/4/2019.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 998.460/SP. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. DJe de 23/3/2010. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

1. De acordo com a norma prevista no artigo 1.022 do CPC/2015, são cabíveis embargos de declaração nas hipóteses de obscuridade, contradição, omissão da decisão recorrida ou erro material, o que não ocorreu no caso concreto.

2. É firme o entendimento desta Corte no sentido ‘de ser inaplicável a teoria da causa madura na via especial, porquanto necessário o prequestionamento da matéria submetida à esta Corte. Tratando-se a omissão acerca de questões fático-probatórias, inviável a aplicação do direito à espécie nesta Corte Superior’ (AgInt no REsp 1.609.598/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe 17/11/2017). Nesse mesmo sentido: REsp 1.333.166/RN, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 23/05/2017.

3. Embargos declaratórios rejeitados. (AREsp 339.223-ED-ED, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 2/8/2018)²⁴

Segundo aquela Corte a teoria da causa madura está inserida em parágrafo de artigo do Código de Processo Civil que disciplina o efeito devolutivo da apelação, que é amplo e não está adstrito à fundamentação utilizada na sentença, características que não se verificam no recurso especial, cuja admissibilidade pressupõe o prequestionamento e, portanto, fundamentação vinculada às questões decididas pela Corte de origem.²⁵

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Teoria da Causa Madura é um instrumento fundamental e necessário para que ocorra o atendimento ao escopo primordial do processo civil contemporâneo, a saber: a prestação jurisdicional justa e célere. É notável a preocupação do legislador em lapidar a prestação jurisdicional por meio de leis e reformas no ordenamento jurídico, com o ideal de prestigiar a celeridade processual.

A princípio, em que pese o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, não vislumbro impedimento para a aplicação da teoria da causa madura no recurso ordinário em mandado de segurança, desde que atendidos os requisitos do artigo

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 339.223/MG. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe de 15/5/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.438.547/AP. Relator: Ministro Humberto Martins. DJe de 10/6/2015. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

1.013, §3º, do CPC, em homenagem aos princípios da celeridade e da duração razoável do processo.

No entanto, no que se refere ao recurso especial, a matéria deve ser analisada sob outra ótica. Possuindo pressupostos recursais próprios, o recurso especial tecnicamente não admite a aplicação da teoria da causa madura.

A uma, porque, para que se configure o prequestionamento da matéria, há que se extrair do acórdão recorrido pronunciamento sobre as teses jurídicas em torno dos dispositivos legais tidos como violados, a fim de que se possa, na instância especial, abrir discussão sobre determinada questão de direito, definindo-se, por conseguinte, a correta interpretação da legislação federal.

A duas, porque, para que seja instaurada a competência recursal em grau especial, é necessário que a demanda tenha sido decidida em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (artigo 105, inciso III, da Constituição Federal), sob pena de se transformar a Corte Superior em instância ordinária, além de, indevidamente, suprimi-la.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/4/2019.

BRASIL. Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869/1973). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 20.491/RJ. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 23/10/2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 41.518/AM. Relator: Ministro Sérgio Kukina. DJe de 28/9/2018. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no Recurso ordinário em Mandado de Segurança nº 57.280/PI. Relatora: Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 21/9/2018. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 621.473/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe de 23/3/2011. Disponível em: <
http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 140.623-AgR/RS. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. DJ de 18/9/1992. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 339.223/MG. Relator: Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 15/5/2018. Disponível em: < <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.438.547/AP. Relator: Ministro Humberto Martins. DJe de 10/6/2015. Disponível em: <
<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em 12/4/2019.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *A alta função jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça no âmbito do Recurso Especial e a relevância das questões*. In: GENESIS, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, 17, julho/setembro de 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CASTRO, Amanda Souza de. *Teoria da causa madura no novo Código de Processo Civil*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2018. Disponível em: <
<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.591129&seo=1>>. Acesso em: 12/4/2019.

DIDIER JR., Fredie; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. *Curso de Direito Processual Civil*. V.3. 12 ed. Salvador: Ed. Juspodivm: Revista, ampliada e atualizada, 2014.

FREIRE, Blenda Maria; CANÇADO, Ana Flávia. *A teoria da causa madura e o duplo grau de jurisdição*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 15, n. 2658, 11 out. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17599>>. Acesso em: 12/4/2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O Superior Tribunal de Justiça no Estado Constitucional (Fundamentos dos precedentes obrigatórios no Projeto de Código de Processo Civil)*. In: Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, Ano IX, n. 53.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil* - Volume único - 10 ed. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processual Civil Comentado*. 3 ed. rev. Atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 59. ed. Revista, atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS: ANÁLISE SOBRE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO BRASIL

THE DISPUTE RESOLUTION COMMITTEE: IMPLEMENTATION ANALYSIS IN BRAZIL

Maria Lydia Rebouças Montezuma

RESUMO

O enfoque do presente artigo é adentrar na necessidade priorização dos sistemas alternativos ao Judiciário como forma de solução de conflitos para demandas que não precisem de uma resposta desse Poder, assegurando que conflitos não se tornem litígios ou que esses possam encontrar soluções mais eficazes, rápidas, econômicas e até mais adequadas ao fim pretendido, a exemplo dos contratos da construção civil que adotam o método do Comitê de Resolução de Disputas ou *Dispute Board*.

Palavras-chave: Controvérsias. Brasil. Soluções. Comitê de Resolução de Disputas.

ABSTRACT

The focus of this article is the need to prioritize alternative systems to the Judiciary as a way of solving conflicts for demands that do not require a response from this branch, ensuring that disputes do not become litigation or that they can find more effective, economic and even more appropriate to the intended purpose, such a civil construction contracts that adopt the Dispute Board method.

Keywords: Dispute. Brazil. Solution. Dispute Board.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca analisar, com base em dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, a importância da solução de conflitos por meio de técnicas alternativas ao processo judicial, priorizando os sistemas alternativos ao

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números* - 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/r3gk>>. Acesso em 29 mar 2019.

processo judiciário como formas de solução de conflitos às demandas que não necessitem de uma resposta judiciário (por exemplo, as menos complexas ou as mais técnicas, que dependam de uma avaliação técnica não judiciária), assegurando que conflitos não se tornem litígios e que esses possam encontrar soluções mais eficazes, rápidas, econômicas e até mais adequadas ao fim pretendido.

Frente a essa necessidade, encontra destaque o Comitê de Resolução de Disputas ou *Dispute Board* (DB) que tem por escopo prevenir o surgimento e o crescimento de conflitos durante a execução de contratos, especialmente em projetos grandes e complexos de engenharia, entendendo como solução para estes o implemento de um Conselho formado por profissionais responsáveis pelo acompanhamento periódico do contrato e pela gerencia e prevenção da litigância natural surgida pelo desgaste da relação contratual com o decurso do tempo pactuado².

O objetivo do Comitê de Resolução de Disputas, por conseguinte, permeia, além da prevenção de litígios levados ao judiciário, caracterizados pelos altos custos financeiros e com retorno apenas a longo prazo, a solução de conflitos na esfera extrajudicial e o não encaminhamento da demanda para a via judicial, baseando-se em análises frequentes de profissionais qualificados na área de atuação dos contratos e projetos.

Em dados colhidos pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Projetos em conjunto com organismos internacionais e a Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial, a adoção do Comitê de Resolução de Disputas apresenta êxito na larga maioria dos contratos que o adotam.³ O problema enfrentado é o baixo número de casos em que esse método é utilizado no Brasil, e não o índice de sucesso e credibilidade das decisões e dos relatórios desse Comitê.

Assim, a adoção nacional do *Dispute Board* ainda enfrenta desafios que vão desde o desconhecimento do método, até o questionamento sobre a legitimidade das

² CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC*. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/disputeboards/regulamento-2018/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

³ FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS PROJETOS. *Dispute Resolution Boards no Brasil: Avanços e Desafios*. Disponível em: <<https://fgvprojetos.fgv.br/eventos/dispute-resolution-boards-no-brasil-avancos-e-desafios>>. Acesso em 29 mar 2019.

decisões emanadas pelos profissionais do Conselho de Disputas, vez que suas soluções apresentam natureza apenas contratual, distinta da já consolidada força vinculante das decisões oriundas da Mediação e da Arbitragem, podendo apresentar-se como uma fase preliminar da arbitragem, e não como um método de solução propriamente dito⁴, além de questões esparsas como o custo, tempo e eficiência desse meio de solução de conflitos.

Assim, de nada adianta a imensa possibilidade de se obter resultados satisfatórios com o Comitê de Resolução de Disputas se ele ainda é ignorado e pouco valorizado, devendo haver o

esclarecimento e ampla divulgação da promissora capacidade desse instituto como método alternativo ao Judiciário de resolução de conflitos.

Dessa forma, como solução para melhorar esse cenário, que será proposto no trabalho, é a ampla divulgação das características e das vantagens do *Dispute Board* para o Brasil, tendo por argumento a sua incrível adaptação no cenário internacional.

2 A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO BRASIL

As possibilidades de solução de conflitos partem das mais diversas origens, desde de uma escolha contratual, até a necessidade de recorrer a via judicial. Essas soluções se dividem em métodos judicial e extrajudicial. O método judicial busca a solução da demanda perante o Poder Judiciário e com a figura do julgador (juiz) imparcial, o qual deve seguir normas pré-estabelecidas, como o Código de Processo Civil e os princípios e fundamentos da Teoria Geral do Processo, enfrentando a morosidade pela intensa demanda processual em seu âmbito de julgamento. Como método extrajudicial temos a conciliação, a arbitragem, a mediação⁵, o Comitê de Resoluções de Disputas, os quais serão abordados mais adiante, e tantos outros artifícios que não recorram ao Poder Judiciário, se mostrando, pelo menos em tese, mais céleres, econômicos e eficientes.

⁴ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Existem outros métodos de solução de conflitos disponíveis? Quais?. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntasfrequentes/85620-existem-outros-metodos-de-solucao-de-conflitos-disponiveis-quais>>. Acesso em 12 abr. 2019.

Considerando as normativas do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, em especial os parágrafos do artigo 3º, podemos verificar uma atual tendência em priorizar os métodos de solução de controvérsias alternativos ao processo judicial, dispondo o Código que essas alternativas devem ser estimuladas pelos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público.⁶

Posto isso, verifica-se a importância da Análise dos métodos alternativos de solução de conflitos, principalmente o Comitê de Solução de Disputas, sobre o qual serão feitas reflexões no presente trabalho.

2.1 O Problema do Ajuizamento em Massa de Processos no Judiciário e os Dados do Conselho Nacional de Justiça

O método judicial de solução de controvérsias é um meio moroso e insuficiente para suprir todos os anseios sociais crescentes no país. Mesmo com todas as dificuldades de retorno rápido e resposta do judiciário, seja pelo alto custo, seja pela demora para obter uma resolução, esse método ainda é muito utilizado no Brasil, demandando, por conseguinte, o incentivo às soluções alternativas.

O ajuizamento de processos frente ao Judiciário só aumentou no decorrer dos anos, acompanhado do crescente custo das suas despesas⁷, mostrando-se muito oneroso para um país que ainda tem sistemas básicos precários, como os de saúde e de educação.

Apesar de estudos do Conselho Nacional de Justiça apontarem para a ocorrência de um aumento no número de processos decididos no âmbito do judiciário ao longo dos anos, houve, também, um proporcional aumento no ajuizamento de demandas e nas despesas com esse Poder⁸, mostrando que o processo judicial ainda deve ser a última forma de resolver os conflitos, devendo priorizar as disposições já citadas do artigo 3º do Código de Processo Civil, quais sejam,

⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/contendo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

valorizar os métodos alternativos de solução de controvérsias em detrimento dos judiciais, bem como a disposição do preâmbulo da Constituição Federal/88⁹ sobre priorizar as soluções pacíficas dos conflitos, encontradas na esfera extrajudicial.

Desta forma, o ajuizamento demasiado de processos judiciais ainda é uma realidade brasileira que deve ser controlada, sob pena de tornar insustentável o funcionamento do Poder Judiciário.

O Conselho Nacional de Justiça, em dados divulgados através do 14º Relatório Justiça em Números, reunindo dados de 90 tribunais do Brasil, a exceção do Supremo Tribunal Federal, demonstrou que as despesas totais do Poder Judiciário cresceu mais de 4% de 2011 a 2017, acompanhadas do aumento quantitativo de processos ajuizados, correspondendo a quase 4% no mesmo período.¹⁰

O estudo relata que o tempo médio para proferir sentença, ou seja, tempo médio para as partes obterem um pronunciamento final para uma demanda no Primeiro Grau de Jurisdição (Varas Estaduais, Federais, do Trabalho, Eleitorais e as Auditorias Militares Estaduais) é de mais de dois anos na fase de Conhecimento e quase quatro anos na fase de Execução. O tempo para baixar um processo no Primeiro Grau é de quase três anos e o período de pendência (sem movimentação) chega a uma média de quatro anos.¹¹

Já o Segundo Grau de Jurisdição (Tribunais de Justiça Estaduais, Regionais Federais, Regionais do Trabalho, Regionais Eleitorais e de Justiça Militares) apresenta médias de quase dez meses para proferir uma sentença, um pouco menos de dois anos em situação de pendência e quase 10 meses para baixá-los.¹² O tempo médio de duração dos processos pendentes no âmbito dos Tribunais Superiores

⁹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 abr. 2019.

¹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

¹¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

(Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e Superior Tribunal Militar) é de oito meses, inferior ao tempo de baixa, que supera um ano. Dessa forma, os processos nos Tribunais Superiores permanecem pendentes por aproximadamente 8 meses, obtendo o provimento judicial final em um período médio de nove meses e meio, considerando a média entre os Tribunais mencionados.¹³

O custo médio anual de gastos com Judiciário por habitante é de quase quinhentos reais (demandando ou não o Judiciário). Além disso, desse custo médio por habitante para garantir o funcionamento do Poder Judiciário, o relatório apresentou que mais de 15% desse valor é destinado para o pagamento de aposentadorias e pensões, representando um custo por serviços inativos.¹⁴ Ainda é possível verificar o percentual de conciliação homologadas no âmbito processual, excluindo-se do estudo os acordos em fase pré-processual, como os casos de êxito na Audiência de Conciliação e Mediação. Desse quadro fático, é possível constatar que apenas 12,1% das decisões terminativas se referem às decisões de homologação de acordos entre as partes, além do aumento pouco significativo desse quadro no decorrer dos anos.

Sendo assim, considerando o quadro atual do Poder Judiciário e as suas próprias limitações, seja em termos de celeridade, seja em relação aos custos de movimentar a máquina judiciária para resolver pequenas disputas ou disputas muito específicas (alheias às questões meramente de direito), os métodos extrajudiciais de solução de conflitos encontram um espaço importante no sistema contemporâneo.

2.2 Importância de Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias Frente ao Cenário Apresentado

É possível verificar pelos dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça que, apesar do aumento de casos julgados quando comparado a anos anteriores, a solução de conflitos pela via do Judiciário ainda é menos eficiente e mais onerosas,

¹³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

afinal juntamente com o aumento de processos concluídos está o aumento de processos ajuizados. Ademais, o problema das demandas processuais não se limita ao seu volume, mas também a cultura brasileira de resolver problemas simples com meios complexos e onerosos.

Posto isso, uma solução de conflitos na via Extrajudicial ainda é a opção mais recomendada, observando a realidade do judiciário e a atualidade de normas, como o Código de Processo Civil de 2015. Outrossim, cumpre ressaltar o incentivo dado pelo CNJ desde 2006 às soluções via acordo tanto na fase pré-processual, quanto depois de ajuizado o processo¹⁵, cabendo aos magistrados, e servidores públicos incentivarem métodos alternativos ao Judiciário para solução das controvérsias, como um dever legal estipulado pelo Código.¹⁶

Assim, a sociedade fica responsável por dar aos seus problemas uma solução de forma mais consciente, econômica e eficaz, deixando de ser um dever do juiz de direito e passando a ser uma obrigação de múltiplos sujeitos, em que as partes, magistrados, advogados particulares e públicos, e o Ministério Público devem colaborar para a melhor resolução de seus conflitos, priorizando alternativas socialmente sustentáveis, uma vez que o custo do judiciário atinge todas as pessoas, litigando ou não, e nem sempre, pela demora, cumprem com eficiência a pretensão demandada.

Além de tudo, em um contexto de valorização dos meios extrajudiciais, novos princípios apontam nessa esfera a fim de garantir a aplicação e os objetivos desses métodos, a exemplo do Princípio do Empoderamento, importantíssimo nesse novo contexto social e normativo abordado. Esse princípio dispõe sobre a necessidade de capacitar as partes, especialmente pelos mediadores e conciliadores durante as autocomposições, para atuarem ativamente em seus conflitos objetivando evitá-los e solucioná-los, ensinando a elas técnicas de negociação e meios de aperfeiçoar a

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

¹⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

comunicar no decorrer das relações, como um projeto para as demandas atuais e as futuras.¹⁷

2.2.1 *Breves Considerações sobre a Mediação, a Conciliação, a Mediação e o Comitê de Resolução de Disputas*

A crescente modernização da sociedade originou uma incessante demanda por produtos e serviços comercializáveis cada vez mais descartáveis, levando ao desejo de que estes sejam cada vez mais eficientes e de consumo rápido e fácil. Dessa forma, o serviço prestado pelo Judiciário de forma lenta e onerosa abre portas para os Métodos Extrajudiciais de Soluções de Controvérsias, os quais tendem a ser caracterizados por soluções moldadas sob medida para cada demanda, eivando-se de celeridade, economia e eficiência.¹⁸

Os métodos alternativos ao Judiciário para solucionar controvérsias existentes são inúmeros, partindo desde previsões legais como de uma solução escolhida pelas partes conflitantes. No presente trabalho os meios extrajudiciais abordados brevemente serão a Mediação, a Conciliação, a Arbitragem e, mais profundamente, o Comitê de Resolução de Disputas.

2.2.1.1 *A Mediação*

A Mediação caracteriza-se por ser uma solução extrajudicial baseada na intervenção de um terceiro imparcial e neutro eleito pelas partes no caso de conflitos durante a relação, devendo conduzir essa demanda com sigilo e diligência, de forma a facilitar o diálogo entre os envolvidos e garantir-lhes a autoria da resolução dos conflitos, facilitando a aceitação e o contentamento com as soluções apresentadas

¹⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de mediação judicial*. Publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2ddd8fec54.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2019.

¹⁸ ALMEIDA, Tania. *Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias*. 2016. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/seculo-xxi-a-mediacao-de-conflitos-e-outros-metodos-nao-adversariais-de-resolucao-de-controversias>>. Acesso em 22 abr. 2019.

nesse contexto. Dessa forma, as partes tem a titularidade da solução de seus conflitos, existindo uma participação efetiva e ativa destas.¹⁹

É importante frisar a necessidade do mediador ser um sujeito neutro, vez que nesse tipo de resolução as partes devem ter autonomia e participação efetiva na solução do conflito, chegando a uma decisão própria, e não a uma imposição.²⁰²¹

A mediação busca propiciar aos envolvidos melhor compreensão da situação, eliminando as tensões e facilitando a confiança entre as partes. Cumpre mencionar que esse método de solução extrajudicial melhor se aplica às disputas em relações continuadas, que são aquelas em que mesmo após a solução do conflito, o negócio entre as partes se perpetuará, garantindo a preservação da comunicação e da própria relação.²²²³

Ademais, na mediação o escopo primordial é a facilitação do diálogo cooperativo, satisfazendo os interesses e as necessidades das partes envolvidas, e não a simples formulação de um acordo. O compromisso do mediador é o de possibilitar que as partes adquiram capacidade para solucionar suas próprias demandas de forma pacífica a medida que os conflitos forem surgindo, quadro comum nos contratos que perduram no tempo, alvo característico da mediação.²⁴

¹⁹ ALMEIDA, Tania. *Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias*. 2016. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/seculo-xxi-a-mediacao-de-conflitos-e-outros-metodos-nao-adversariais-de-resolucao-de-controversias>>. Acesso em 22 abr. 2019.

²⁰ VALÉRIO, Marco A. Gumieri. *Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social*. Revista de Direito Privado, vol. 69, setembro/2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RD_Priv_n

²¹ .01.PDF>. Acesso em 26 abr. 2019.

²² VALÉRIO, Marco A. Gumieri. *Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social*. Revista de Direito Privado, vol. 69, setembro/2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RD_Priv_n

²³ .01.PDF>. Acesso em 26 abr. 2019.

²⁴ SILVA, Cristiano Alves da; BARBOSA, Oriana P. de Azevêdo. *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15)*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/os-metodos-consensuais-de-solucao-de-conflitos-noambito-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro-lei-no-13-105-15-juiza-orianapiske>>. Acesso em 29 abr. 2019.

2.2.1.2 A Conciliação

A conciliação, por sua vez, objetiva a formação de um termo de compromisso produzido pelas partes e assumido por ambas em comum acordo, sob a supervisão de um terceiro imparcial, o conciliador, que tem o papel de conduzir as tratativas e facilitar o diálogo, propiciando aos envolvidos um acordo justo e claro. Dessa forma, a conciliação se apresenta como um método de solução de conflitos extrajudicial bem interessante, uma vez que as partes são orientadas para uma solução consensual, tendo estas participação ativa na resolução do conflito e ao mesmo tempo supervisão de um terceiro imparcial com conhecimento notórios, técnico e jurídico, especialmente quando esse acordo acontece na esfera judicial, preliminar ao procedimento judicial.²⁵

O acordo formado em conciliação pode ser tanto em sede judicial, depois de ajuizado o processo mas preliminar ao procedimento judicial (audiência de conciliação), ou anterior ao ajuizamento processual, em comum acordo das partes na esfera particular²⁶, ambos métodos considerados extrajudicial de solução de conflitos.

Havendo acordo entre as partes, ambas se comprometem em cumpri-lo por meio da assinatura do termo de compromisso, o qual poderá (nos casos em que for realizada exclusivamente na esfera particular) ou deverá (nos casos em que for realizada em sede de audiência de conciliação) ser homologado por um juiz de direito, obtendo essa autocomposição força de título judicial, nos termos do artigo 515, II e III do Código de Processo Civil.²⁷ Pode-se concluir que esse método é de grande valia para as partes, pois estas chegarão a uma decisão conjunta, participando ativamente da solução e minimizando os seus gastos.

Diferentemente da mediação, a conciliação se aplica para casos menos complexos e, por isso, apresentam soluções mais céleres. Ademais, na conciliação, o

²⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Conciliação*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil-1/conciliacao>>. Acesso em 26 abr. 2019

²⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. *Conciliação*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil-1/conciliacao>>. Acesso em 26 abr. 2019

²⁷ BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

conciliador mantém um papel mais ativo ao conduzir as partes, diferentemente do mediador que precisa ser, além de imparcial, neutro.²⁸

2.2.1.3 A Arbitragem

A Arbitragem tem por objeto uma solução extrajudicial emanada por profissional, em regra um advogado, com largo conhecimento no assunto pactuado, objetivando celeridade, economia e sigilo na resolução do conflito que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Nesse método, o profissional decidirá sobre a demanda, diferente do profissional imparcial e neutro presente na conciliação e na mediação, obtendo a nomenclatura de juiz arbitral.²⁹

O juiz arbitral é considerado o juiz de fato e de direito da demanda a ele submetida, mesmo pressupondo sua eleição pelas partes. Há entendimento no sentido de que a convenção arbitral tem igual extensão e eficácia da via jurisdicional, justificando a desnecessidade de ratificação das suas decisões pelo Poder Judiciário, respeitadas as disposições da Lei da Arbitragem.³⁰

Feitas essas considerações, fica claro que os métodos alternativos ao Judiciário para solução de conflitos são meios mais sustentáveis para as partes e para o próprio sistema judicial, de tal forma que suas soluções se apresentam em contextos de celeridade, economia e praticidade. Desses meios, os mais semelhantes ao judiciário são a arbitragem e a conciliação realizada depois do ajuizamento da demanda e antes do seu efetivo enfrentamento pelo órgão jurisdicional.

²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Mediação e Conciliação: qual a diferença?* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em 26 abr. 2019.

²⁹ SILVA, Cristiano Alves da; BARBOSA, Oriana P. de Azevêdo. *Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15)*. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/os-metodos-consensuais-de-solucao-de-conflitos-noambito-do-novo-codigo-de-processo-civil-brasileiro-lei-no-13-105-15-juiza-orian-piske>>. Acesso em 29 abr. 2019.

³⁰ GUIMARÃES, José de Freitas. *Os Direitos Fundamentais e os Métodos Alternativos de Composição de Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho Diante da Cultura da Judicialização*. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/07122016_100539_josedefreitasguimaraes_ok.pdf>. Acesso em 29 abr. 2019.

3 O COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS (*DISPUTE BOARD*)

O presente capítulo busca analisar as características essenciais do Comitê de Resolução de Disputas, método alternativo ao Judiciário para solução de controvérsias que vem crescendo no Brasil e no mundo por suas vantagens e relevantes índices de sucesso em sua aplicação.

Cumprido ressaltar que um contrato pode estabelecer inúmeros meios de resolução de conflitos, restando às partes a escolha do que melhor lhes prouver, considerando a celeridade, efetividade e economicidade. Nesse contexto, encontra amparo a adoção dos Comitês de Resolução de Disputas pelas particularidades que serão apresentadas a seguir.

3.1 Em que Consiste esse Método

Basicamente o Comitê de Resolução de Disputas ou *Dispute Board* tem por escopo auxiliar as partes contratantes na prevenção de possíveis e normais conflitos existentes no decorrer de um contrato, a fim de evitar que estes se tornem controvérsias formais, por meio de uma consulta ou até mesmo uma decisão do Comitê com força vinculante e imediata entre as partes envolvidas, mesmo que esta seja submetida posteriormente a outro método de solução de controvérsias, como a arbitragem e até mesmo o Judiciário.³¹

Assim, o Comitê tem o objetivo fundamental de auxiliar os contratantes durante a execução do pacto para evitar a instauração de conflitos, atuando desde a formação do contrato para facilitar o diálogo entre as partes, verificando possíveis ajustes na sua execução a fim de torná-lo mais eficiente, e, caso não seja possível evitá-los, que estes conflitos sejam resolvidos de forma célere, econômica e da melhor maneira para as partes, prevenindo uma demanda arbitral ou até mesmo judicial.³²

³¹ AGENCY, Japan Internacional Cooperation. *Dispute Board Manual*. 2012. Disponível em: <https://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf/DisputeBoardManual_201203_e.pdf>. Acesso em 22 abr. 2019.

³² CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

É possível observar, por conseguinte, o escalonamento dos objetivos do *Dispute Board* em termos de prioridade: primeiramente, o *Dispute Board* deve avaliar os pontos sólidos e frágeis do contrato para prevenir e remediar qualquer disputa; em segundo, não sendo possível prevenir e remediar, o Comitê precisa encontrar uma solução pra disputa dentro do seu âmbito de atuação de forma mais célere, econômica e eficiente; por fim que o conflito só precise de uma solução arbitral ou judicial em caso de extrema e última necessidade, frustrados os dois primeiros objetivos.

Diferente da arbitragem e da mediação, o Comitê de Resolução de Disputas apresenta melhores resultados se estabelecido desde o início do contrato, de forma a garantir o seu objetivo maior de prevenção de conflitos, não devendo as partes aguardarem o início de um conflito para implementar o *Dispute Board*.³³ Como o Comitê é implementado especialmente na construção civil, é ideal a formação do seu Conselho no início do projeto e antes da construção da obra, aumentando significativamente as chances de sucesso e de eficiência desse método de solução de controvérsias em caso de divergências no decorrer do pacto, habituando seus membros com as peculiaridades do contrato e, conseqüentemente, garantindo a robustez de seus relatórios e planos periódicos formados pela análise concreta de cada momento contratual.³⁴

O Comitê deve ser aceito pelas partes e, de preferência, instaurado desde o início da execução do contrato, a fim de que especialistas na área pactuada, de conhecimento notório e de atuação imparcial, possam garantir os principais objetivos desse método de resolução de controvérsias, com soluções participativas e justa para todas as partes envolvidas, considerando todo o contexto contratual. Ademais, o *Dispute Board* pressupõe análises periódicas do contrato por esse Comitê,

³³ AGENCY, Japan Internacional Cooperation. *Dispute Board Manual*. 2012. Disponível em: <https://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf/DisputeBoardManual_201203_e.pdf>. Acesso em 22 abr. 2019.

³⁴ CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

garantindo-lhe familiaridade com o contrato e, por conseguinte, maiores chances de sucesso e eficiência em seus relatórios e decisões.³⁵

Nesse método de resolução de controvérsias as partes envolvidas em eventuais conflitos participam ativamente da sua solução, já que o Comitê busca facilitar o diálogo entre elas, possibilitando ajustes antes de tornar a desavença um litígio. Além disso, os próprios contratantes possuem liberdade para procurar o Conselho em caso disputa, o qual realizará todo o procedimento necessário para alcançar seus objetivos fundamentais.³⁶

Os Comitês podem ser formados com diversos objetivos: para fins de consulta das partes contratantes, de modo que os especialistas apenas apresentam recomendações, sem imposição de suas decisões; com aspecto decisório, de tal forma que os especialistas decidem sobre o caso concreto levado a eles pelas partes; e podem ter um caráter misto, podendo o Comitê oferecer recomendações e também proferir decisões com aspecto vinculante às partes.³⁷

3.2 Experiência Internacional de Aplicação do Comitê de Resolução de Disputas

O Comitê de Resolução de Disputas aplicado no cenário internacional deve ser analisado para melhor conhecimento e aplicação desse método no Brasil, o que será visto a seguir.

3.2.1 Caso *Twin Tunneis da Linda de Metrô Sheppard (Canadá)*

O Caso *Twin Tunneis* no Canadá surgiu com o aumento da demanda populacional por transporte público, fazendo-se necessária a ampliação das linhas de metrô da cidade. Neste caso, a Comissão de Trânsito de Toronto, única prestadora de serviço de transporte público na cidade, decidiu ampliar a linhas subterrâneas para a

³⁵ ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

³⁶ CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

³⁷ CHARRETT, Donald. *Dispute Boards and Construction Contracts*. 2009. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

Avenida *Sheppard*, no Canadá, contratando a empresa *Joint Venture*, composta por outras empresas denominadas de *MPF (McNally Internacional Inc., PCL Constructors Eastern Inc. e Foundation Company Inc.)*, para essa obra estimada em dois bilhões de dólares canadenses.³⁶

Pelo elevado custo da obra, ficou previsto um *Dispute Board* para os conflitos que se originassem durante o início, meio e fim do pacto, com o objetivo de que a Comissão de Disputas providenciasse recomendações para o melhor andamento do contrato. O Comitê foi formado por membros de renomado conhecimento sobre a matéria pactuada, sendo um eleito pela Comissão de Trânsito, outro pela *Joint Venture MPF* e, por fim, um eleito em comum acordo pelo dois membros anteriormente escolhidos.³⁸ Durante a execução da obra a *Joint Venture MPF* informou a Comissão de Trânsito sobre custos adicionais não previstos superiores a quatro milhões de dólares canadenses e que, por isso, encaminharia sua pretensão ao Comitê de Resolução de Disputas responsável por este contrato, a fim de expedisse recomendações ratificando sua pretensão. A Comissão de Disputas oportunizou, como é característico desse método, a manifestação de ambas as partes para posterior produção de relatórios e recomendações. Feito isso, o Comitê expediu relatório unânime no sentido da falta de fundamento para as alegações da *Joint Venture MPF* e que, portanto, a obra não teria gastos excedentes aos inicialmente previstos.³⁹ Inconformada com as disposições emanadas pelo Comitê e levando em conta o seu caráter para expedir apenas recomendações, desconsiderando a importância e o valor de um relatório formulado por um Comitê de especialistas com largo conhecimento sobre o objeto contratado, a *Joint Venture MPF* ajuizou uma demanda judicial para fim de fazer valer sua intenção inicial de acréscimo de mais de quatro milhões de dólares canadenses. Acontece que o Judiciário, considerando o relatório formulado pelo Comitê de Resolução de Disputas, juntado aos autos pela Comissão de trânsito, entendeu que dificilmente a *Joint* conseguiria reverter um estudo tão sólido como o produzido pelo *Dispute Board* em questão.³⁹

³⁸ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

³⁹ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

Dessa forma, podemos perceber que mesmo o Comitê de Resolução de Disputas formado para apenas recomendações tem sua importância e força, mesmo que não vinculante. Dito isso, fica evidente que esse método de solução de conflitos tem alto potencial de eficácia para os contratos, mesmo que uma das partes ignore tal fato, vez que seus relatórios, por serem produzidos por profissionais altamente qualificados e de vasto conhecimento sobre a matéria pactuada, possuem alto valor probatório desde a sede extrajudicial da disputa como em posterior sede judicial, até porque os juízes de direito precisam desse tipo de relatório para orientarem de forma justa suas decisões, sob pena de proferirem sentenças contrárias a realidade desses contratos.

3.2.2 *El Cajón Dam - Hydroelectric Project (Honduras)*

O caso da hidrelétrica de Honduras merece considerações por ter sido, além de pioneiro na adoção do método de *Dispute Board* no cenário internacional, um contrato que não previu em seu início a implementação desse método mas que foi condição essencial para o bom andamento da obra.⁴⁰

Esse método de resolução de disputas foi adotado no caso em questão pelo grande porte da obra contratada e pela desproporcional experiência entre a contratante e a contratada quanto ao objeto do contrato. A Companhia de Eletricidade de Honduras, contratante, apresentava pouquíssima experiência quanto ao objeto do contrato (construção de hidrelétrica), já a contratada, uma empresa italiana, possuía vasta experiência no setor e profissionais altamente qualificados. Considerando tais fatos em conjunto com os altos custos da obra, o Banco Mundial só financiou o contrato depois da adoção do método *Dispute Board* para solução de eventuais disputas, e no caso esse método garantiu o bom andamento da obra e a sua execução e finalização conforme previsão em projeto.⁴¹

⁴⁰ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

⁴¹ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

Posto isso, é possível perceber que, apesar de ser indicada a adoção do Comitê de Resolução de Disputas desde o início do projeto, esse método pode ser de grande valia mesmo quando adotado em fase posterior. Além disso, o método pode servir como uma garantia para a boa execução do contrato, como aconteceu no caso supracitado demonstrado pelo financiamento do contrato apenas depois das partes optarem pelo *Dispute Board*, bem como pelo sucesso na execução e conclusão da obra.

3.2.3 A expansão do Canal do Panamá

O Panamá, com o passar dos anos, se tornou um foco de investimentos estrangeiros, pelo seu potencial positivo de crescimento, tornando-se um mercado financeiramente ativo. Contudo, não basta seu potencial e sua atividade financeira para garantir o crescimento dos investimentos, mostrando-se necessário a adoção de instrumentos efetivos, céleres e econômicos que minimizassem os riscos advindos dos seus contratos.⁴²

Neste contexto, encontra destaque o Comitê de Resolução de Disputas, especialmente na obra de ampliação do canal do Panamá, submetendo eventuais disputas primeiramente ao Comitê para só depois recorrer a eventual arbitragem. Nessa contrato, adotou-se o *Dispute Board* com decisões vinculantes entre as partes, encontrando espaço para a arbitragem somente em último caso, quando frustrada ou por insatisfações tempestivas com a solução dada pelo Comitê de Disputas.⁴²⁴³

Mesmo em último caso, a arbitragem foi adotado nessa obra mas utilizou-se dos relatórios e decisões do Comitê como fonte probatória para suas decisões, de forma que as disposições do *Dispute Board* não são descartadas nem quando outro método de resolução de conflitos for adotado.

⁴² RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

⁴³ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

Portanto, pode-se perceber que o *Dispute Board* tem dupla utilização, uma como método de resolução de conflitos e outra como conjunto probatório com alto grau de eficiência e confiabilidade. Ou seja, mesmo nos casos em que o Comitê não se mostra suficiente para formular uma solução aceitável pelas partes, ele não é descartado, aproveitando suas disposições quando adotado outro método para solução de conflitos.

4 EXPERIÊNCIA DE APLICAÇÃO DO COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS NO BRASIL E SEUS DESAFIOS

O Comitê de Resolução de Disputas apresenta um potencial positivamente maior em relação aos demais métodos alternativos ao Judiciário de solução de controvérsias, por ser um processo mais célere e com altos índices de sucesso demonstrados pelos baixíssimos casos em as decisões do *Dispute Board* foram levadas ao Judiciário (cerca de 3%).⁴⁴

Apesar dos dados positivos, o *Dispute Board* é prejudicado no Brasil pela quase ausência de regulação no país, gerando certa insegurança jurídica na sua aplicação⁴⁵ e na legitimidade das decisões em seu âmbito de competência, uma vez que suas decisões não apresentam a força vinculante dos demais métodos extrajudiciais abordados no presente trabalho, tampouco das decisões judiciais. Assim, apesar do sucesso quando aplicado, esse método ainda é pouco utilizado no país.

No Brasil, o Comitê de Resolução de Disputas ainda tem regulação normativa ínfima, a exemplo da Lei Municipal nº. 16.873 de fevereiro de 2018 e do Projeto de Lei nº. 206 do Senado Federal⁴⁶, ambos com disposições semelhantes às ideias de *Dispute Board*⁴⁷, o que compromete, em parte, a aplicação desse método, em virtude

⁴⁴ ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

⁴⁵ ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

⁴⁶ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 206, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>>. Acesso em 24 abr. 2019.

⁴⁷ ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

de ser indicado, em especial, para os grandes contratos da construção civil, os quais apresentam valores elevados, de tal forma que as partes acabam por priorizar instrumentos de resolução de conflitos com previsões mais consolidadas, para lhes garantir segurança do ponto de vista jurídico, financeiro e até da própria administração do contrato.

Outro desafio enfrentado para a adoção desse método é o caráter das decisões emanadas em sua esfera, afinal, a força vinculante das decisões do Comitê é no mínimo questionável, considerando que a possibilidade de revisão destas em uma posterior câmara de arbitragem ou mesmo pela via judicial.⁴⁸

O Centro de Arbitragem e Mediação regulou o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas próprio, equivalente ao *Dispute Board*, dispondo no primeiro artigo desse regulamento, atualizado em 2018, que o Comitê não produz decisões com efeitos da sentença proferida em processos arbitrais e judiciais, colocando esse método em uma posição inferior, em termos de vinculação dos seus resultados, aos demais meios de solução de conflitos extrajudiciais regulamentados. Todavia, o mesmo diploma expõe que uma vez adotado o Comitê no contrato, a submissão das possíveis controvérsias surgidas na execução do pacto serão de apreciação obrigatória pelo método de *Dispute Board* escolhido, mesmo que posteriormente recorra-se a outro meio de solução.⁴⁹ Dessa forma, fica evidente que a normatização geral desse método alternativo de resolução de conflitos seria uma medida mais eficiente para sua ampla aplicação, esclarecendo os pontos obscuros e certas contradições existentes nas normas esparsas até então produzidas, a exemplo da disposição mencionada sobre possibilidade do Comitê proferir decisões não vinculantes mas ao mesmo tempo ser obrigatória sua apreciação quando surgir controvérsias durante o contrato, necessitando de maiores explicações a respeito.

Sobre a necessidade de maior clareza desse instituto, é possível vislumbrar uma breve discussão sobre o *Dispute Board* nos Embargos de Declaração no

⁴⁸ ALTMAN, Gustavo. *Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas*. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflito-especialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

⁴⁹ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. *Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC*. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/disputeboards/regulamento-2018/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

Recurso Especial nº 1.569.422 - RJ, em que a parte alega ter o Tribunal entendido por sinônimos as características da Arbitragem e do Dispute Board, pontuando o relator ser relevante apenas o fato de ambas possuírem como princípio a autonomia da vontade (escolha livre das partes em adotarem essas soluções para seus eventuais conflitos), mas se tratando de ferramentas distintas.⁵⁰

O exemplo acima é um caso de arbitragem que foi levada a via judicial. De todo modo, pela análise do julgamento dos Embargos mencionados fica evidenciada a necessidade de maior esclarecimento sobre o instituto, especialmente para que as partes melhor o apliquem e o cumpram.

Assim, o objetivo do Dispute Board é representar um método alternativo de solução de disputas suficiente em si mesmo, não sendo sequer uma fase preliminar da arbitragem, como erroneamente pode-se imaginar. O Comitê tem todo o potencial para ser um método célere, maduro e eficiente, bastando que haja o efetivo conhecimento amplamente divulgado sobre suas características e funções, o que pode ser conseguido pela produção de normas de âmbito nacional.

4.1 Análise das Dificuldades Nacionais Enfrentadas na Adoção desse Método

O Brasil tem um acervo significativo de normas dos mais diversos setores, seja financeiro, seja social, seja qualquer outro. Nessa cultura de superprodução de leis e normas, um instrumento como o *Dispute Board* fica em segundo plano quando da adoção de medidas para resolver conflitos em sede contratual, seja pela insegurança jurídica, seja pelo desconhecimento do funcionamento desse instituto.

Apesar da boa aplicação do Comitê de Resolução de Disputas no cenário internacional, esse método ainda não encontra solidez em âmbito nacional por conta da quase ausência de regulamentação e, conseqüentemente, pela insegurança quanto a legitimidade das decisões proferidas em sua esfera. Além disso, podem surgir questionamento sobre o elevado custo da sua adoção, vez que implementá-lo significa arcar com o funcionamento de um Comitê de profissionais com alto

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.569.422-RJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 29 abr. 2019.

conhecimento sobre o assunto contrato, suas análises periódicas, seus relatórios e suas decisões sobre o caso.

Assim, para os contratos da construção civil, alvo principal dos Comitês de Resolução de Disputas, aplicado em grandes obras com elevados custos, o desconhecimento do método ou até mesmo a insegurança gerada pela baixa produção normativa quanto a sua aplicação, faz com que grandes empresas prefiram outras soluções. O Judiciário, como já abordado, não é o melhor método para se obter soluções rápidas e econômicas, seja pela morosidade e limitação do sistema, que interfere diretamente no bom andamento dos contratos, seja pelo elevado custo dessa solução, proporcional ao elevado custo da demanda que for discutida.

No mesmo sentido, vale lembrar que o Comitê de Resolução de Disputas pode ser implementado com pelo menos 2 objetivos, como já mencionado, para apenas consulta das partes ou com aspecto decisório, além da possibilidade do Conselho agir das duas formas (misto). Logo, haveria o questionamento mais profundo sobre a eficácia nos casos em que o *Dispute Board* somente tiver caráter de recomendação, pois, em tese, suas respostas às consultas se assemelhariam a meros conselhos, podendo as partes divergirem e não adotarem nada do que o Comitê sugeriu, passando a disputa para o âmbito arbitral ou judicial, a exemplo de *Sheppard*.

Sobre o *Dispute Board* instaurado para decidir sobre as disputas surgidas durante o contrato, é menos questionável a força de suas decisões por apresentarem caráter notadamente vinculante. Todavia, pela ínfima produção normativa brasileira sobre o Comitê de Resolução de Disputas, as partes, sentindo-se prejudicadas com certa decisão do Conselho, podem procurar outras vias, como a arbitral e a judicial. Mesmo a parte que não se sinta prejudicada, mas tão somente não queira cumprir com a determinação do Comitê, encontra meios para preterir a vinculatividade das soluções dadas pelo Conselho e buscar outra via ou método de solução para postergar o cumprimento de uma obrigação ou até mesmo buscar uma resolução que permita o seu não cumprimento, como aconteceu no Canadá.

A baixíssima produção normativa sobre Comitê que, por conseguinte, leva ao seu desconhecimento, prejudica demasiadamente a legitimidade das decisões

proferidas por seu Conselho, pois como mostrado no caso de *Sheppard*, qualquer parte inconformada, mesmo que sem razão, poderá recorrer a outro método de solução de conflitos, negligenciando a força das decisões em *Dispute Board*, mesmo quando são tacitamente vinculantes pelo alto grau de conhecimento dos profissionais sobre a matéria que versa o contrato.

Quando as partes ignoram o potencial decisivo do *Dispute Board*, esse método passa de eficiente e econômico para moroso e oneroso, vez que o Comitê passa a ser apenas uma fase preliminar a outro método de solução de controvérsias. As partes, então, custearão profissionais e seus trabalhos periódico com seus relatórios e decisões, e no final ainda arcarão com outro método de resolução de conflitos. Dessa forma, a legitimidade das decisões em sede de *Dispute Board* fica comprometida, desvirtuando o escopo deste instituto. Para superar situações desse tipo, evitando custos e o prolongamento desnecessário de disputas, é imprescindível o esclarecimento de suas características, a exemplo da produção normativa a nível federal.⁵¹

4.2. Propostas de Soluções

De todo modo, os questionamentos gerais pincelados no presente capítulo podem ser inicialmente superados pela observação ao princípio da *pacta sunt servanda*, o qual dispõe que as cláusulas do contrato fazem lei entre seus contratantes, de forma que o pactuado deva prevalecer entre as partes, respeitando sempre os demais princípios contratuais, como o da boa-fé, e as demais cláusulas gerais dispostas no Código de Processo Civil e normas nesse sentido.⁵² Considerando esse princípio contratual, em conjunto com demais, a adoção do Comitê de Resolução de Disputas, como uma escolha das partes, deve ser zelado pelas partes e preservadas as decisões e sugestões emanadas pelo Conselho de Disputas, em virtude de não ter sido uma imposição mas sim uma escolha, ao contrário, por exemplo, dos julgados em sede judicial. O *Dispute Board* prioriza

⁵¹ RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. *Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos*. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

⁵² TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, v. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530978198>>. Acesso em 25 abr. 2019.

soluções cooperativas, envolvendo análises minuciosas e periódicas do contrato, além de ouvir os contratantes e possibilitar o diálogo entre eles.

Sendo assim, apesar de não ter efeito vinculante ou ter um possível efeito vinculante mitigado pela possibilidade de obter diversos provimento resolutivo por outros métodos de solução de controvérsias, as determinações do Conselho de Disputas é, em grande parte, acatado pelas partes em razão da posição relevante de seus membros, por isso a necessidade de profissionais com largo conhecimento na matéria pactuada, e a solidez do procedimento em sede de *Dispute Board*, uma vez que esses profissionais acompanham os contratantes, prioritariamente, desde o início do projeto até a execução e finalização da obra, entendendo as minúcias do contrato e particularidades dos contratantes.

O estado de São Paulo/SP apresentou uma situação muito semelhante a *Sheppard* na obra da Linha Amarelo do metrô, contrato este que adotou e acionou o Comitê de Resolução de Disputas pelo conflito gerado com a divergência sobre a obrigação em custear gastos extras com a retirada de materiais da construção, emanando o Comitê relatórios no sentido de ser obrigação do estado tal ato. Inconformado, o estado de São Paulo recorreu à via judicial mas o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ratificou a decisão do comitê, reforçando o potencial vinculante dos relatórios em *Dispute Board*, além da sua eficiência e credibilidade.⁵³

Um ponto que traria maior grau de legitimidade às decisões em *Dispute Board* seria a produção de normas nacionais sobre o Comitê de Resolução de Disputas e sua ampla divulgação, como feito pelo Conselho Nacional de Justiça em relação a conciliação, a mediação e a arbitragem, além da formação de câmaras próprias sobre estes métodos, já que a indicação do *Dispute Board* precisa estar abarcada pela segurança jurídica.

Mesmo com a quase ausência normativa, o Comitê não deve ser ignorado já que encontra respaldo no Código de Processo Civil de 2015 quando esta disciplina que todos os membros que atuam perante o Poder Judiciário devem priorizar

⁵³ CÂMARA, Flávia; GUIMARÃES, Leonardo. *Dispute board: o método de solução de conflitos que vem ganhando espaço no Brasil*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286212,21048Dispute+board+o+metodo+de+solucao+de+conflitos+que+vem+ganhando>>. Acesso em 29 abr. 2019.

métodos extrajudiciais de solução de conflitos, bem como reforçar as vantagens de sua aplicação para os envolvidos, como já mencionado.

Ademais, o próprio preâmbulo da Constituição Federal/88⁵⁴ preconiza ser escopo do Estado Democrático Brasileiro o comprometimento com as soluções pacíficas das controvérsias, reforçando a importância dos métodos alternativos ao Judiciário para solução de conflitos, como é o caso do *Dispute Board*.

Assim, um método célere, eficiente, econômico e de excelente aplicação como o Comitê de Resolução de Disputas, deve ter sua importância reconhecida em norma de âmbito nacional, não apenas com produção normativa esparsa, a exemplo da lei do estado de São Paulo. Vale pontuar que, na construção civil, o *Dispute Board* é mais indicado, inclusive, do que os demais métodos extrajudicial abordados, como a conciliação (de aplicação limitada a casos mais simples), a mediação (na qual o mediador não atua tão efetivamente na solução do conflito) e a arbitragem (muito semelhante ao sistema judiciário, o que gera desconforto e baixa titularidade das partes na solução apresentada).

Além de todos os argumentos aqui expostos, ainda cumpre pontuar a tendente priorização e o incentivo crescente à adoção desse método extrajudicial de solução de disputas, demonstrado, mesmo que de forma esparsa e ainda de baixa produção, pelo Projeto de Lei nº. 206 do Senado Federal, além da lei do estado de São Paulo, do regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação e das disposições do Conselho Nacional de Justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo que foi exposto, verifica-se a necessidade de desafogar o Poder Judiciário, garantindo a apreciação de diversas questões na via extrajudicial. Mais do que isso, o Judiciário deve se ater a questões de direito, deixando situações técnicas para os mecanismos que melhor lhes resolvam, como é o caso do Comitê de Resolução de Disputas nos contratos da construção civil.

⁵⁴ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 abr. 2019.

Esse método de resolução de disputas extrajudicial está em conformidade com os preceitos constitucionais e legais do ordenamento jurídico brasileiro, encontrando apoio em lei estadual, Projeto de Lei Federal e regulamentos e resoluções esparsas, devendo ser cada vez mais difundido para que as disputas possam ser abarcadas por sua eficácia e celeridade.

É possível constatar que o *Dispute Board*, mesmo quando desprovido de força vinculante, funciona como um desestímulo à parte inconformada com o relatório ou decisão do Comitê a buscar uma tutela para sua demanda em outra via de solução de conflitos, vez que as declarações dos profissionais responsáveis pelo contrato são emitidas após análises periódicas do contrato, das partes e da disputa, possuindo, por conseguinte, alto grau de fundamentação e adequação ao caso. Assim, dificilmente um árbitro ou um juiz irão negligenciar os documentos formulados pelo Comitê de Resolução de Disputas, obtendo seus relatórios e decisões uma espécie de força vinculante tácita.

Assim, o presente artigo possibilitou o melhor entendimento das características desse método alternativo ao judiciário de solução de conflitos, confirmando sua eficiência no âmbito internacional e sua potencialidade de êxito no Brasil, trazendo questões primordiais para sua melhor aplicação nacional, a exemplo da produção normativa a nível federal.

Dessa forma, respondendo aos possíveis questionamentos quanto aos desafios enfrentados com a aplicação do *Dispute Board* no Brasil, bem como trazendo propostas de soluções para eventuais indagações, pode-se concluir que instrumentos como o Código de Processo Civil, a própria Constituição Federal/88 e as disposições de órgãos como o Conselho Nacional de Justiça, conjuntamente legitimam métodos como o Conselho de Resolução de Disputas, garantindo-lhe confiabilidade, eficácia das suas decisões e recomendações, além de confirmar a prolusão de adequadas soluções para as disputas a ele submetidas.

REFERÊNCIAS

AGENCY, Japan Internacional Cooperation. Dispute Board Manual. 2012.
Disponível em: <https://www.jica.go.jp/activities/schemes/finance_co/procedure/guideline/pdf>

DisputeBoardManual_201203_e.pdf>. Acesso em 22 abr. 2019.

ALMEIDA, Tania. Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. 2016. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/seculo-xxi-amediacao-de-conflitos-e-outros-metodos-nao-adversariais-de-resolucao-de-controversias>>. Acesso em 22 abr. 2019.

ALTMAN, Gustavo. Dispute board é saída eficaz para solução de conflito, apontam especialistas. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/infraestrutura/dispute-board-conflitoespecialistas-15112018>>. Acesso em 22 abr. 2019.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de mediação judicial. Publicado pelo Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em 26 abr. 2019.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Declaração em Recurso Especial nº 1.569.422RJ. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em 29 abr. 2019.

CÂMARA, Flávia; GUIMARÃES, Leonardo. Dispute board: o método de solução de conflitos que vem ganhando espaço no Brasil. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI286212,21048-Dispute+board+o+metodo+de+solucao+de+conflitos+que+vem+ganhando>>. Acesso em 29 abr. 2019.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. Regulamento para o Comitê de Prevenção e Solução de Disputas do CAM-CCBC. Disponível em: <<https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centroarbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/dispute-boards/regulamento-2018/>>. Acesso em 24 abr. 2019.

CHARRETT, Donald. Dispute Boards and Construction Contracts. 2009. Disponível em: <http://fidic.org/sites/default/files/3%20charrett09_dispute_boards.pdf>. Acesso em 25 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Existem outros métodos de solução de conflitos disponíveis? Quais?. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-emediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/85620->

existem-outras-metodos-de-solucao-de-conflitos-disponiveis-quais>. Acesso em 12 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Mediação e Conciliação: qual a diferença? Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao>>. Acesso em 26 abr. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 12 abr. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS PROJETOS. Dispute Resolution Boards no Brasil: Avanços e Desafios. Disponível em: <<https://fgvprojetos.fgv.br/eventos/dispute-resolution-boards-no-brasilavancos-e-desafios>>. Acesso em 29 mar 2019.

GUIMARÃES, José de Freitas. Os Direitos Fundamentais e os Métodos Alternativos de Composição de Conflitos Individuais e Coletivos do Trabalho Diante da Cultura da Judicialização. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/07122016_100539_josedefreitasguimaraes_ok.pdf>. Acesso em 29 abr. 2019.

RIBEIRO, Marcia C. Pereira; ALMEIDA, Caroline Sampaio. Análise Crítica das Cláusulas Dispute Board: Eficiência e Casos Práticos. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/4676>>. Acesso em 29 abr. 2019.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei 206, de 2018. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/133057>>. Acesso em 24 abr. 2019.

SILVA, Cristiano Alves da; BARBOSA, Oriana P. de Azevêdo. Os Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Âmbito do Novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei Nº 13.105/15. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2015/os-metodos-consensuais-de-solucao-de-conflitos-no-ambito-do-novo-codigo-deprocesso-civil-brasileiro-lei-no-13-105-15-juiza-oriana-pisise>>. Acesso em 29 abr. 2019.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, v. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. Rio de Janeiro: Forense, 2017. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788530978198>>. Acesso em 25 abr. 2019.

VALÉRIO, Marco A. Gumieri. Os meios alternativos de resolução de conflitos e a busca pela pacificação social. Revista de Direito Privado, vol. 69, setembro/2016. Disponível em: <<http://>>

www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDPriv_n.69.01.PDF>.
Acesso em 26 abr. 2019

GLOBALISMO, CIVILIZAÇÃO E SUPREMA CORTE

GLOBALISM, CIVILIZATION AND SUPREME COURT

Thyago Virgílio Sallenave

RESUMO

O artigo aborda o globalismo como nova configuração histórico social, e a concentração de poder em uma burocracia supra estatal e transnacional. A mudança cultural a partir de decisões judiciais e a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, também são frutos desse estudo.

Palavras-chave: Globalismo, Alopoiese, Corte Constitucional.

ABSTRACT

The article addresses globalism as a new social historical configuration, and the concentration of power in a supra state and transnational bureaucracy. The cultural change based on judicial decisions and the jurisprudence of the Brazilian Supreme Court are also the fruits of this study.

Keywords: Globalism. Alopoiese. Constitutional Court.

1 INTRODUÇÃO

Definir o fenômeno do globalismo de maneira científica é uma tarefa muito complexa. Há divergências entre diversos autores de quais seriam as consequências da globalização quando se transforma em globalismo e redimensiona o mundo de forma política, cultural, econômica, jurídica e social. A sociedade mundial como se pretende estabelecer é uma construção que segundo o Professor Octavio Ianni ocorre

de cima para baixo, com a interferência dos grandes conglomerados econômicos e das famílias dinásticas do globo.¹

O globalismo como fenômeno histórico social, não se encaixa nas definições das ideologias e movimentos políticos de direita/esquerda, precisamos de conceitos mais rígidos e de determinada autonomia filosófica para isolar o fenômeno e estudá-lo.

No capítulo 1, será exposto conceitos de alguns autores que enfrentaram o tema, e apesar de serem, ou de esquerda ou de direita, traçaram caminhos diferentes, mas extraordinariamente convergiram a uma ideia comum sobre a formação e as consequências do globalismo.

No capítulo 2, traçaremos o caminho da alopoiese do direito, teoria do Professor Marcelo Neves, como uma lógica interna do processo da globalização, pontecializada como efeito colonizador do sistema jurídico por outros sistemas sociais.

No capítulo 3, abordamos a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e colocamos o foco na transculturalização jurídica mundialista. A uniformização da pauta dos costumes ocorrida no mundo em relação ao aborto, legalização das drogas e união estável homoafetiva; e a perda da soberania nacional advinda da perda da soberania fiscal, impostas pelos agentes transnacionais e entidade supraestatais.

2 GLOBALISMO

O globalismo, na visão de Octavio Ianni, é uma nova configuração histórico-social que afeta as nações, os Estados, as sociedades, os organismos supra estatais, conglomerados econômicos, povos, e convergem para uma criação da sociedade global, tendo como ponto de partida a globalização econômica.²

Na base do globalismo está o capitalismo, que se desenvolveu, chegou a era da globalização, e se transformou no metacapitalismo, ou seja, a organização global

¹ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

² IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

da produção concentrada na mão de uma pequena elite detentora da maioria das fortunas do mundo, que controla a atividade da administração burocrática dos blocos regionais e organismos supranacionais.³

Dentro dessa ótica do capitalismo como base, surgem duas características desse novo modelo histórico-social, as expectativas de comportamento intensificadas sob a figura do consumismo, e a mundialização de valores socioculturais e padrões institucionais. O globalismo pode ser considerado um processo civilizatório, ou seja, “uma realidade social, econômica, política e cultural de âmbito transacional” de maneira radical e revolucionária.⁴

Mais duas características desse modelo de produção são: desterritorialização das ideias, principalmente dos padrões científicos e a desraízação das transnacionais, e os danos provocados às sociedades locais como problemas sociais, exemplo do desemprego estrutural. O globalismo apresenta uma tendência de hegemonia dessa estrutura de poder a nível global. Coloca em cheque o paradigma do modelo Estado-Nação, tem a tendência de agravar problemas sociais, enquanto produz maximização de riquezas em outras regiões. Pode ser visto como uma interseção entre os modelos liberalista e socialista, como é o caso da China atual.⁵

A estrutura global de poder se organiza a partir das corporações transnacionais e as organizações multilaterais, assim pode se anular as condições de soberania do Estado local e do nacionalismo. Para o Professor Ianni, o globalismo forma “uma poderosa totalidade social, geistórica, política, econômica e cultural. Nesse sentido, surge uma nova divisão transnacional do trabalho” na sociedade mundializada.⁶

O globalismo deve ser estudado a partir de três visões, três teorias que possibilitam a análise metateórica. A teoria sistêmica, o weberianismo e o marxismo.

A teoria sistêmica mostra que “a constituição da sociedade mundial é consequência do princípio da diferenciação social”. Para a teoria de Max Weber, é o

³ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

⁴ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

⁵ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

⁶ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

processo de racionalização do mundo e da vida. Para a teoria marxista, o capitalismo é essencialmente transnacional e as estruturas sociais são altamente dinâmicas. Essas três concepções das ciências sociais podem se interligar e servir de referência para o estudo do fenômeno do globalismo.

Um aspecto relevante é que a nova divisão transnacional do trabalho, como meio de produção econômica, histórica e social, “compreende quadros sociais e mentais de referência”. A configuração histórica-social determina os modos de ser agir e pensar, e formam a identidade do indivíduo humano, produz cultura e serve de base para o estudo do eixo antropológico de uma determinada civilização. Tal situação, revela, influência na construção do direito como sistema jurídico dessa sociedade em estudo.⁷

A formação da política local, com a eleição do parlamento e a produção das leis, pode ser influenciada pela estrutura de poder global. Na visão de Ianni, a influência de um poder global central constituído pelos conglomerados internacionais, nos Estados nacionais, pode ser denominado como a “internacionalização do Estado”. O Estado é convertido “em uma agência para o ajustamento das práticas e políticas da economia nacional às exigências estabelecidas pela economia global.” A questão a ser investigada nesse trabalho é a relação dessa estrutura de poder global e sua relação com a Suprema Corte brasileira.⁸

A Economia transnacional implica tecnoestruturas globais. As corporações nacionais possuem grande capacidade de influência mundial, porque possuem poderosas tecnoestruturas, que modelam as ações governamentais e parlamentares, e são os verdadeiros produtores do direito positivo nos mais diversos países do globo.⁹

O Estado-Nação junto com a economia nacional e a sociedade civil se tornam províncias do globalismo, os projetos nacionais democráticos ficam sem base para se realizar. A estrutura global de poder exerce um controle sobre a mídia de massas e do marketing, fomentando a cultura de massas e do consumismo. Logo, a opinião

⁷ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

⁸ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

⁹ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

pública e os partidos políticos se apoiam nos meios de comunicação em massa, que são os porta vozes das “articulação das corporações transnacionais”. Há um modelamento das relações governamentais e da organização da sociedade civil a partir dessa tecnoestruturação global.¹⁰

Nos estudos do Professo Ianni, ele traz o conceito de “transculturização ou transnacionalização da cultura”. Os processos e estruturas da desterritorialização das ideias, ou seja, o controle do imaginário social e individual a partir do processo da tecnoestrutura global de poder.¹¹

O Transculturalismo proveniente do globalismo, provoca a mutilação e arruína as culturas locais e tradicionais, modifica o princípio da historicidade, transfigurando-o e desenvolvendo uma cultura de massas proveniente dos interesses das estruturas de poder de cunho mundial. Logo, ocorre o “processo transitivo de uma cultura à outra”. Cria-se novas formas de agir, pensar, imaginar, sentir, modos de ser, novas ideias e instituições.¹²

Elementos do transculturalismo são: a dominação, a conquista, à acomodação e a interdependência. Cria-se, portanto, transfigurações e tensões culturais, tudo se altera em uma perspectiva ampla. Nas palavras de Ianni: “a transculturização leva consigo a gênese de uma cultura de alcance mundial... uma possível cultura mundial supranacional”.¹³

As corporações transnacionais globais mobilizam as forças do capitalismo originário e do modelo do Estado moderno, além dos Estados nacionais e das tradições locais. Os governos eleitos democraticamente são “sobrepujados pela atividade, pelo planejamento e pela geoeconomia das transnacionais”.¹⁴

Convergindo com a pesquisa realizada por Octavio ianni, o Professor Olavo de Carvalho, desenvolveu o conceito de metacapitalismo. Metacapitalistas são os agentes que no século XIX se iniciaram na atividade capitalista, mas transcenderam a condição de meros capitalistas e se tornaram a nova classe aristocrática global.

¹⁰ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

¹¹ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

¹² IANNI, OCTAVIO. Enigmas da modernidade-mundo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2000.

¹³ IANNI, OCTAVIO. Enigmas da modernidade-mundo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2000.

¹⁴ IANNI, OCTAVIO. Enigmas da modernidade-mundo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2000.

Eles são os donos dos grupos econômicos supranacionais e transnacionais, somados aos donos de partidos políticos mundo a fora.¹⁵

O agente metacapitalista se manifesta como uma casta neo aristocrática, de natureza dinástica, fruto da globalização. Esses seriam os atores reais e os verdadeiros agentes de poder no globalismo.¹⁶

Os donos das grandes fortunas, raciocinam em termos dinásticos, e para se constituir como verdadeiros atores do poder global, atuam como agentes dominantes do Estados nacionais, para vencer o mecanismo e a lógica da economia de mercado.¹⁷

A própria lógica de mercado que os criou, precisa agora ser superada, para manutenção do capital transnacional. O sujeito que se utilizou das leis de mercado para enriquecer, depois de formada a rede de corporações econômicas globais, percebe que não precisa se submeter mais as leis de mercado e suas oscilações.¹⁸

Por isso, depois de passado o período da globalização, o globalismo se afirma como a era dos metacapitalistas. Os agentes reais da estrutura de poder global fundem poder econômico com poder político, poder Estatal e poder militar. Toda estrutura de poder existe concentrada e incorporada por uma pequena elite que passa a utilizar as empresas transnacionais como poder de dominação e de controle político dos Estados.¹⁹

Na visão de Hans Peter Martin e Harold Schumann, no texto “a quem pertence o Estado?”, a soberania dos Estados nacionais são mitigadas e relativizadas, ate mesmo extintas. As soberanias nacionais possuem como componente essencial à soberania fiscal do Estado nacional. Em estudo relativo às grandes empresas transnacionais, os autores demonstram que as grandes empresas travam uma guerra

¹⁵ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

¹⁶ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

¹⁷ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

¹⁸ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

¹⁹ CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

fiscal contra os Estados e “as alíquotas para grandes empresas caem no mundo todo”. Assim, a soberania fiscal dos Estados é solapada, consequentemente a soberania dos Estados nacionais. Essa é a dinâmica da economia transnacional.²⁰

A guerra fiscal mostra como a economia global se impõe a política e aos governos, impondo aos Estados um gerenciamento empresarial que destrói as economias locais. Na visão mais radical dos autores, os Estados nacionais são os hospedeiros e as transnacionais são os parasitas.²¹

Com a hegemonia e a monopolização da economia pelo poder global econômico, gerando a crise financeira estrutural dos Estados, o desemprego estrutural, se efetua e agrava o fenômeno da “economia clandestina”, a transnacionalização do crime e das organizações criminosas, outra consequência negativa do globalismo.²²

A estrutura do Estado democrático de direito fica comprometida, a responsabilidade pelo empobrecimento das populações pode vir da “redução forçada dos orçamentos públicos”, fazendo os governos serem gestores do colapso social. Com o crescimento da “economia paralela”, o Estado perde a capacidade de reprimir a violência, além de perder a soberania fiscal e monetária. Os Professores afirmam, “o que é bom para o livre comércio também é bom para a criminalidade”, a ausência de regras para o exercício do poder econômico se reflete também na economia clandestina.²³

O poder econômico global constituiu uma espécie de anarquia corporativa. A neo aristocracia, não se submete aos poderes constituintes originários, não se submete as ordenações jurídicas dos Estados nacionais, e também, não se submete as leis de mercado com suas oscilações. Temos “o Fracasso do Estado e anarquia do

²⁰ MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

²¹ MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

²² MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

²³ MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

mercado mundial”.²⁴ O globalismo evidencia “o erro sistêmico da integração global”, que para Ianni, a globalização foi idealizada de “cima para baixo”. Os governos democraticamente eleitos perdem a capacidade de regular o desenvolvimento nacional, este desenvolvimento se encontra sob domínio das corporações transnacionais e poderes globais. A única instância possível de reivindicação por parte das sociedades é o Estado, porém, este com a perda da soberania, perde a capacidade de exercer a justiça e reformas necessárias. Todo Poder e toda Justiça já foram “globalizados”.²⁵

Nesse contexto, os políticos passam a legislar para determinados grupos influentes, assim surge, a “forma transnacional de legislação”. Ocorre então o desequilíbrio entre poder econômico global e Estados nacionais.²⁶

Segundo Jurgen Habermas, as soberanias dos Estados são desmanchadas pelos bancos internacionais, os agentes não estatais e os conglomerados (empresas) transnacionais. Percebe-se o funcionamento de uma “rede global” de atuação mundialista e internacionalista dos organismos supraestatais, incluindo as empresas estatais, e o limitado espaço de regulamentação dos Estados nacionais que apenas legislam em seus territórios.²⁷

O globalismo tendo como fator preponderante a “desnacionalização da economia”, a ação governamental perde influência em determinar a política geral de produção, essa, passa a ser regulamentada pela produção industrial em nível global. Nesse sentido, “as trinta maiores empresas do mundo movimenta uma receita maior do que os produtos internos de noventa países representados na ONU”.²⁸

Com a ascensão do metacapitalismo e a constituição do globalismo como movimento histórico social, Claus Offe descreve as teorias da influência (que em certo ponto ele descreve insuficiente para determinar a dominação de classe nos sistemas políticos, mas funcionam para observar a determinação estrangeira ao

²⁴ MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

²⁵ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

²⁶ IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

²⁷ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro. São Paulo-SP. Edições Loyola. 2004.

²⁸ HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro. São Paulo-SP. Edições Loyola. 2004.

processo político local), que parecem se amoldar com as características de dominação dos Estados nacionais. Todo o aparato Estatal é um instrumento da classe dominante. Grupos industriais e grandes conglomerados econômicos tem o poder de influenciar as políticas de Estado, determinando à política tributária.²⁹

Offe cita a “indústria armamentista, petrolífera, mineração, indústrias químicas, eletrônicas e outras”, como potências que manipulam as políticas de investimento, gerando até uma possível “greve de investimentos”, tornando o Estado nacional refém das instâncias globalizantes. Outra característica é o “financiamento das eleições e o apoio aos candidatos”, logo, a elite política estabelece uma relação de dependência e afinidade com o poder global financeiro.³⁰

Conjugando a teoria de Claus Offe com Olavo de Carvalho, o interesse da classe metacapitalista é reflexo das estratégias legislativas e administrativas do aparelho estatal, brotam a partir das estruturas “formais das organizações estatais”.³¹

De acordo com a visão mais conservadora e tradicionalista, que surge com o enfoque dialético ideológico direita/esquerda, presente na sociedade mundial. Essa corrente é bastante crítica e apresenta a seguinte perspectiva sobre o globalismo:

O globalismo apresenta a remoção de barreiras legais e culturais através de organizações supranacionais. Criando, portanto, uma uniformidade cultural de massas e jurisprudências na sociedade mundializada.

Cada lei aprovada pelo governo democraticamente eleito está submetida ao invalidamento (inconstitucionalidade) por supervisores de colégios não eleitos (Supremas Cortes). Tendo como consequência a limitação da liberdade de expressão, e a mitigação das fronteiras territoriais.

Planejamento global mais centralizado em uma pequena elite administrativa. Ocorre a destradicionalização das sociedades e uma perda da base histórica que compõe aquela nação, principalmente na constituição do direito positivo. A elite

²⁹ OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. Rio de Janeiro-RJ. Tempo universitário. 1984.

³⁰ OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. Rio de Janeiro-RJ. Tempo universitário. 1984.

³¹ OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. Rio de Janeiro-RJ. Tempo universitário. 1984.

tecnocrata possui, também, um desapego da cultura nacional e um desdenho da cultura religiosa daquele povo.

O globalismo ainda apresenta como metas de sua agenda:

a) abrir as fronteiras dos países para as corporações privadas através de políticas que enfraquecem fronteiras e acordos comerciais; b) a política trabalhista é ditada pelos interesses das grandes corporações e não mais pelas demandas da sociedade ou as regulamentações do Estado nacional, tal situação cria o fenômeno do desemprego estrutural; c) a política de migração sob o enfoque da legitimação ideológica da diversidade, multiculturalismo, enriquecimento cultural; d) fim do nacionalismo clássico, nações Estado e da democracia nacional. e) mitigação da identidade cultural e pensamento histórico; f) centralização do poder em um pequeno grupo de elite administradores de uma nova ordem global político financeira e social; g) financiamento de guerras, distorções sociais, e procura de mão de obra mais barata; h) Interferências burocráticas supranacionais. Na visão da teoria mais crítica, o globalismo representa uma ameaça à soberania nacional.

3 ALOPOIESE DO DIREITO

Segundo o Professor Marcelo Neves, a alopoiese do direito prevalece na sociedade mundial. Na teoria de Luhmann, temos o conceito de autopoiese, com o termo auto-referência autopoietica, que é a condição da unidade operacional e estrutural do sistema jurídico. Na teoria dos sistemas sociais, a autonomia do direito com base na autopoiese operacional é conceito basilar da teoria luhmaniana.³²

A alopoiese é a perda da autonomia operacional do sistema jurídico. Ocorre com a sobreposição do código da economia (ter/não ter), e do código político (poder/não poder), sobre o código do direito (lícito/ilícito).³³

A teoria sistêmica trabalha com a ideia de diversos sistemas sociais – política, direito, economia, família, amor, ciência, religião, arte etc. Esses sistemas são

³² NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

³³ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

autônomos entre si, e ao mesmo tempo, se interseccionam, formando os acoplamentos estruturais.³⁴

O princípio da diferenciação funcional é a essência da teoria dos sistemas. Na alopoiese do direito, ocorre a quebra da diferenciação funcional, ou seja, a desdiferenciação funcional forma à “corrupção sistêmica”. A consequência é a quebra da autonomia operacional do sistema jurídico, os outros sistemas, portanto, interferem no funcionamento e na operacionabilidade do ordenamento jurídico interno.³⁵

A funcionalidade do sistema jurídico se expressa através dos elementos a) procedimento jurídico – processo b) ato jurídico – elementos do direito c) norma jurídica – estrutura d) dogmática jurídica – identidade. Na alopoiese, toda a funcionalidade e harmonia sistêmica do direito é comprometida, o direito perde a capacidade cognitiva de controle das expectativas de comportamento e concretização dos direitos fundamentais.³⁶

O grande efeito da disfunção do sistema jurídico e da desdiferenciação social é a constitucionalização simbólica. A quebra da autonomia operacional do sistema jurídico afeta o acoplamento estrutural entre política, direito e economia. O poder econômico e político passam a colonizar o direito, assim, a Constituição do país, do Estado nacional, passa a ser deturpada em suas linhas mestras.³⁷

Os pilares do Estado Constitucional são: A concretização dos direitos fundamentais; autonomia do sistema jurídico; a Separação dos Poderes; o procedimento eleitoral democrático; acoplamento estrutural entre política e direito. Na constitucionalização simbólica, essas estruturas fundamentais da Constituição não são concretizadas normativamente, o sistema jurídico-constitucional, sofre

³⁴ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

³⁵ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

³⁶ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

³⁷ NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

injunções particularistas do poder político e do poder econômico. Assim, temos a ineficiência do sistema político-jurídico estatal.³⁸

A constitucionalização simbólica revela o interessante paradoxo, a desconstitucionalização da realidade fática. A concretização desconstitucionalizante é o ato em que a norma Constitucional perde a capacidade de ordenar a realidade política e jurídica do Estado. Nesse sentido, o direito perde sua capacidade de orientar as expectativas normativas, a generalização congruente (universalização das normas jurídicas constitucionais), e a estabilização da diferenciação funcional.³⁹

Neves, nos traz a questão da “realidade constitucional inconstitucional”. Sob esse prisma, ocorre o colapso do Estado democrático de direito. As injunções particularistas do poder econômico/político deslegitimam os atores do jurídicos e atos normativos procedimentais constitucionais descaracterizando o sistema constitucional e implodindo o Estado de direito em sua natureza estrutural.⁴⁰

As relações reais de poder em âmbito nacional, serão os agentes do poder político e econômico e não mais os agentes políticos eleitos ou as forças sociais presentes no Estado. Os conglomerados transnacionais, as fundações internacionais, os metacapitalistas, os detentores do poder industrial dinástico, passam a exercer o poder de fato. O ideal constitucionalista será transformado em mero instrumento retórico de manutenção do status quo vigente e servirá para imunizar o sistema social contra as possíveis transformações reais das relações de poder. Caso ocorrido no Brasil a partir de 1988.⁴¹

Portanto, o texto constitucional é invocado como álbi na retórica dos agentes de poder. A manipulação ideológica e linguística revela a “politicagem” realizada no

³⁸ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

³⁹ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

⁴⁰ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

⁴¹ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

âmbito do sistema jurídico. A partir da colonização do direito por outras esferas sistêmicas, as decisões judiciais da ordem jurídica infraconstitucional subordina o direito positivo às “constelações concretas de interesses” do poder global vigente. A hermenêutica constitucional pode a vir, dar outro significado normativo ao texto das leis, para fortalecer a seletividade dos interesses da classe supranacional.⁴²

A corrupção sistêmica pode ser conceituada como o uso retórico ideológico da principiologia constitucional, o direito é colonizado pelos elementos de comunicação de outros sistemas sociais. Nessa perspectiva, ocorre a não realização do Estado democrático de direito. O Establishment global político/econômico usa como propaganda ideológica a Teoria do Estado democrático, e legitima os atores políticos locais como meros funcionários administrativos dos interesses de classe, ou seja, “as injunções particularista da dominação política e econômica” sobre o sistema político e a sociedade como um todo.⁴³

O fenômeno da alopoiese revela “a sobreposição do poder e do dinheiro ao direito”. “Os donos do poder” instrumentalizam o direito e exercem a instrumentalização do poder econômico da política, e também, a instrumentalização da economia pela política. O grande efeito da dominação, seria a desestruturação política da concretização da normatividade-jurídico constitucional e o uso dos Estados contemporâneos para o cumprimento das agendas dos poderes globais e o controle social das massas.⁴⁴

4 A JURISPRUDENCIA DO STF

Apresentaremos três manifestações do Supremo Tribunal Federal brasileiro sob a perspectiva do transculturalismo globalista de cunho jurídico, uma busca de uniformização da jurisprudência na sociedade mundial. Essa primeira temática de

⁴² SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

⁴³ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

⁴⁴ SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

jurisprudência será referente à política (agenda) referente aos costumes, uma globalização dos costumes, uma transculturalização e uniformização dos costumes a nível mundial. Esses três temas escolhidos foram acolhidos pelas Supremas Cortes mundo afora, e pela uniformização dessa política, é evidente que esses temas são impostos como uma agenda aos mais diversos países do mundo.

A segunda temática se refere à isenção tributária e fiscal, um benefício dado a uma entidade supranacional. A quebra da soberania fiscal do Estado brasileiro como quebra da soberania nacional dos países fica evidente neste caso, ou seja, imposição globalista de controle dos Estados pelos conglomerados transnacionais. Esses conglomerados são utilizados como instrumento de dominação das sociedades, uma nova perspectiva da dominação social das massas.

Vejamos a primeira temática, Juridicização dos costumes a nível mundial. Temas: união estável homoafetiva, legalização das drogas e aborto.

A) União estável homoafetiva:

Ementa: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição

Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO

CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em

causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.⁴⁵

A decisão da união estável homoafetiva foi feita em sede de controle concentrado de constitucionalidade e gerou efeito erga omnes e vinculante. Temos vinte e nove países que regularam as uniões homoafetivas são eles: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Colômbia, Costa Rica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Finlândia, França, Irlanda, Islândia, Luxemburgo, Malta, México, Noruega, Nova Zelândia Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Suécia, Taiwan. Uruguai.

B) Aborto

Ementa

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. Decisão. Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio (Relator), que julgava procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, no que foi acompanhado pelos Senhores Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia, e o voto do Senhor Ministro Ricardo Lewandowski, que julgava improcedente o pedido, o julgamento foi suspenso. Impedido o Senhor Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela requerente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos. Plenário, 11.04.2012. O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia específica das pelo

⁴⁵ BRASIL.ADI4277.Disponívelem: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11872>>

Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.”⁴⁶

A decisão que mitigou a criminalização do aborto no Brasil, tendo como base o princípio da laicidade do Estado. Uma possível transculturalização, deculturação e destradicionalização cultural e jurídica se faz evidente, devido a cultura religiosa da sociedade brasileira repudiar tal conduta típica. Ocorre a tentativa de mudança hermenêutica do direito positivo penal com base nos princípios constitucionais, devido a inércia do legislativo em se manifestar sobre o tema, seja negativamente ou positivamente.

A Suprema Corte brasileira discute a descriminalização do aborto até 12ª semana de gestação na Ação de descumprimento de preceito fundamental 442. Ação questiona à recepção, pela Constituição Federal de 1988, dos artigos 124 e 126 do Código Penal, que instituem do aborto pelo Brasil. O ajuizamento da demanda constitucional foi requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que aponta a inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Penal. Ainda não há previsão para o julgamento. O Aborto é descriminalizado em vários países do mundo, tendo em vista a transculturalização jurídica dos costumes, visando o cumprimento da agenda globalista.

c) Legalização das drogas

O Supremo Tribunal Federal (STF) marcou o julgamento para cinco (5) de junho de 2019 o Recurso Extraordinário RE 635.659, que trata da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal. O objeto é a descriminalização do artigo 28 da lei 11.343/2011, que prevê a conduta típica do porte de drogas.

Temos a colisão de direitos fundamentais, de um lado, o direito coletivo à saúde e à segurança, positivados nos artigos 144 e 196 da Constituição Federal, de outro, o artigo 5º, inciso X, que trata da inviolabilidade à vida privada, à honra, imagem, o direito à intimidade e o direito do indivíduo se autodeterminar. A

⁴⁶ BRASIL. **ADPF54. Disponível em:** <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28FETOS+ANENCEFALOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxm24q7k>>

tendência é que prevaleça o direito fundamental à intimidade, vida privada e autodeterminação.

Temos três graus de tolerância em relação ao uso de cannabis sativa, a legalização do consumo; a descriminalização do uso pessoal e a liberação para o uso terapêutico. Os únicos países que legalizaram o consumo foram: Canadá e Uruguai. Os países que descriminalizaram o uso pessoal foram: Estados Unidos, México, Jamaica, Colômbia, Equador, Bolívia, Chile, Argentina, Alemanha, Portugal, França, Espanha, Geórgia, Austrália, podendo o Brasil entrar neste rol. Países que liberaram para uso terapêutico: Peru, Brasil, Paraguai, Chile, Finlândia, Grã-Bretanha, Polônia, Itália, Áustria, Romênia e Grécia.

temática relativa às questões de isenção tributária e fiscal:

a) Isenção tributária

À Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5030), demanda ajuizada pela Procuradoria-Geral da República (PGR), requeria a inconstitucionalidade dos dispositivos normativos da Lei 12.350/2010, a qual dispõe sobre isenções tributárias para a FIFA referentes à realização da Copa das Confederações de 2013 e da Copa do Mundo de 2014 no Brasil.

O Procurador Geral da República se manifestou no sentido de “a isenção tributária é um favor fiscal com o objetivo de condicionar à obtenção de benefícios para a sociedade. Não há interesse público da isenção para os beneficiários. A Isenção fiscal à entidade futebolística estrangeira feriria os princípios da Isonomia, generalidade, a universalidade tributárias, além de ser contra a razoabilidade e proporcionalidade. Feriria assim, à Justiça tributaria nacional.”⁴⁷

O Ministro relator decidiu monocraticamente prejudicada à Ação Direta de Inconstitucionalidade por perda superveniente do objeto. Vejamos a decisão:

Decisão:

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Procurador-Geral da República em face dos arts. 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 15, § 3º, da

⁴⁷ BRASIL. MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/adi-questiona-lei-que-dispoe-sobre-isencoes-tributarias-para-copa-do-mundo>>

Lei 12.350/2010, a qual dispõe sobre medidas tributárias referentes à realização, no Brasil, da Copa das Confederações Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014. Ante a necessidade de impugnação de todo o complexo normativo, questiona-se, ainda, os arts. 15 a 20 e 23, § 3º, do Decreto nº 7.578/2011, que regulamenta os dispositivos legais objeto da ação.

Afirma a autora que a Lei nº 12.350/10 tem por objetivo assegurar o cumprimento da “Garantia nº 4: Isenção Geral de Impostos” prestada à FIFA pelo Ministro da Fazenda, concedendo à FIFA e afiliadas isenção de tributos.

Sustenta-se, em síntese, que os dispositivos questionados, ao concederem isenções *intuitu personae* – para a organizadora e a proprietária da Copa do Mundo Fifa 2014, no caso a FIFA e seus associados – e não ligadas diretamente ao desenvolvimento do esporte, qualificam-se como favorecimento ilegítimo, além da existência de discriminação irregular em desfavor dos nacionais, sem critério constitucionalmente legítimo, o que afronta os arts. 3º e 150, II da Constituição da República.

Aduz, ainda, que o art. 15, § 3º, da Lei 12.350/10 viola os princípios da igualdade (art. 150, CF/88) e da generalidade (art. 153, CF/88), pois somente poderão ser beneficiadas pela suspensão da incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da

Cofins as pessoas jurídicas que forem indicadas pela FIFA ou por Subsidiária Fifa no Brasil.

Em razão da relevância da matéria foi aplicado o procedimento abreviado do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

O Congresso Nacional, a Advocacia Geral da União e o Ministério Público Federal manifestaram-se pela improcedência do pedido.

Decido.

A ação direta de inconstitucionalidade deve ser julgada prejudicada por perda superveniente do seu objeto.

Com efeito, as medidas tributárias veiculadas nos arts. 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 15, § 3º, da Lei 12.350/2010, ora questionadas, foram concedidas num contexto de excepcionalidade, uma vez que tiveram motivação e duração especial referentes à realização, no Brasil, da Copa das Confederações Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014. Conforme o art. 62 da lei, os benefícios fiscais aplicaram-se aos fatos geradores ocorridos no período de 1º de janeiro de 2011 a 31 de dezembro de 2015.

Exaurida a eficácia da lei impugnada, ela não mais existe no mundo jurídico, restando-se frustrada a finalidade da ação direta de inconstitucionalidade.

Pelo exposto, julgo prejudicada a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade, por perda superveniente de objeto (art.

21, inc. IX, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.

Brasília, 21 de fevereiro de 2018...⁴⁸

É pertinente a crítica em relação a monocratização de decisões que deveriam ser resolvidas pelo pleno. Vemos que a petição da ADI 5030, data de 09 de agosto de 2013, e só fora julgada pela Suprema Corte em 21 de fevereiro de 2018. Trata-se de clara influencia de entidade supranacional em Estado Nacional. Vemos que a concessão fiscal veio de uma Lei ordinária que legalizou um acordo feito entre o governo brasileiro e uma entidade supraestatal.

Curioso é que o Procurador Geral da República que sucedeu o PGR autor da ADI 5030, deu parecer favorável à improcedência da ADI, contrariando seu antecessor.

5 CONCLUSÃO

O globalismo representa uma nova forma de configuração histórica-social mundial e um novo meio de produção econômico e cultural. Nesse sentido, “O globalismo é um processo revolucionário”, tem como base uma transfiguração das estruturas de poder, a mudança do eixo antropológico do indivíduo humano, assim como, a mutação das sociedades, e a constituição de uma nova moral.⁴⁹

A principal característica desta nova estrutura de poder emergida é a concentração de poder nas mãos de uma pequena elite que dita os paradigmas de influência nos níveis sociais, políticos, artísticos, jurídicos, culturais, científicos, religiosos, industriais, familiares, psíquicos, econômicos, ou seja, em toda esfera da vida humana.⁵⁰

O controle dos meios de comunicação em massa, do judiciário, e da produção econômica, revela a instrumentalização dos organismos supraestatais e transnacionais para uma mudança histórica e antropológica do ser humano. Contudo,

⁴⁸ BRASIL.<http://portal.stf.jus.br/>.

⁴⁹ CARVALHO, OLAVO. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. Rio de Janeiro-RJ: Editora Record. 2016.

⁵⁰ CARVALHO, OLAVO. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. Rio de Janeiro-RJ: Editora Record. 2016.

se vê em formação uma nova psicologia das massas. Talvez o globalismo não consiga exercer o controle total da história, da vida humana e das massas, mas ele abre muitas possibilidades para controle das massas e dos povos.

A possibilidade da conquista de territórios, de sociedades e de recursos humanos e econômicos dos povos, é um acontecimento histórico-cultural, que se manifesta hoje diante dos nossos olhos com uma força jamais vista. Tendo em vista, os recursos tecnológicos, técnicos e científicos, o remodelamento psíquico e social dos indivíduos e das sociedades, o processo de dominação (mundialização) é uma realidade inegável.

Dentro do campo dos estudos jurídicos e da filosofia do direito, à alopoeise seria o mecanismo lógico e estrutural de tecnocrtralismo, responsável pelo uso instrumental do direito para uma possível colonização e mutação da sociedade a interesses estrangeiros, internacionalistas, quebrando o princípio da historicidade em que nasce as sociedades jurídicas nos territórios nacionais.

As Supremas Cortes como agente de mudanças culturais, e de estabelecimentos de novos padrões de eticidade, como a passagem de uma moral tradicional histórica para uma moral pós-convencional, como dizem os alemães, é um dos motivos da ausência de concretização dos direitos fundamentais? De direitos fundamentais básicos em que carece a população brasileira?

É uma questão a ser investigada. Porém, a defesa do território nacional, da história e das tradições de um povo, poderia ser feito pela Suprema Corte, assim como é feito por outras instituições, como o Exército ou as Igrejas/Religiões.

As mudanças dos paradigmas históricos-culturais e da função atual dos Estados Nações é um objeto de estudo bastante relevante no início do Século XXI. Quais as consequências humanas e históricas do processo antropológico do globalismo? Serão as Supremas Cortes agências de instrumentos de transculturalização transacionais, em que os países soberanos serão províncias globalistas, e quem vai monitorizar as decisões cruciais da economia, das finanças e da cultura, serão entidade supranacionais? As Cortes Supremas serão reduzidas as funções policiais e administrativas do Globalitarismo?

Ou será que um dia, esses “homens de toga”, vão acordar para os reais problemas nacionais, como os 70.000 mortos/ano, ou a morte nos sistemas de saúde pública que ocorre todos dias, ou ainda, os milhões de crianças com seus futuros roubados pelo analfabetismo e semi-analfabetismo?

Desde do início do século XX surgiu a sombra de uma ditadura tecnocrática em que uma pequena elite decide as questões existenciais da sociedade, com a ausência de efetividade da política, do direito, das religiões e um superdimensionamento da racionalidade econômica, será esse o futuro dos Estados, das Nações, das sociedades, das civilizações, em âmbito local, regional e mundial? – Veremos!

REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. As origens do totalitarismo. São Paulo-SP: companhia das letras. 2013.

BRASIL. ADPF54. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28FETOS+ANENCEFALOS%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yxm24q7k>>

BRASIL. MPF. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/adi-questiona-lei-que-dispoe-sobre-isencoes-tributarias-para-copa-do-mundo>>

CARVALHO, Olavo. A nova estrutura do poder mundial. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=PAzENvUedxA>> Acesso em: 29 de abril de 2019.

_____. O mínimo que você precisa saber para não ser um idiota. Rio de Janeiro-RJ: Editora Record. 2016.

DALRYMPLE, Theodore. Nossa cultura... ou o que restou dela. São Paulo-SP: É realizações. 2015

FILHO, Orlando Villas Bôas. A constitucionalização simbólica de Marcelo Neves. Disponível em: Acesso em: 29 de agosto de 2014.

HABERMAS, Jurgen. A inclusão do outro. São Paulo-SP. Edições Loyola. 2004.

IANNI, OCTAVIO. A era do globalismo. Rio de Janeiro-RJ. Civilização Brasileira. 2000.

IANNI, OCTAVIO. Enigmas da modernidade-mundo. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira. 2000.

LIMA, Fernando Rister Souza. Constituição Federal: o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. Disponível em: Acesso em: 15 de outubro de 2014.

LUHMANN, Nikkias. Introdução à teoria dos sistemas. 2 ed. Petrópolis-RJ. Vozes. 2009. _____ Legitimação pelo procedimento. Brasília-DF: UNB. 1980.

_____ Sociologia do direito I. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983.

_____ Sociologia do direito II. Rio de Janeiro - RJ: Tempo brasileiro. 1983..

MANNHEIM, Karl. Diagnóstico de nosso tempo. Rio de Janeiro-RJ: Zahar. 1967.

MARTIN & SCHUMANN, Hans-Peter & Harald. A armadilha da globalização. São Paulo-SP. Globo. 1996.

MÜLLER, Friedrich. O novo paradigma do direito, Introdução à teoria e metódica estruturantes. São Paulo – SP. Revista dos Tribunais. 2013. P. 124 e 125.

NEVES, Marcelo. A constitucionalização simbólica. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2011.

_____ A Constituição Simbólica Revisitada. Disponível em: Acesso em: 10 de outubro de 2014.

_____ Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176514/000518647.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 30 de agosto de 2014.

_____ Entre hidra e hércules. Princípios e regras constitucionais. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2013.

_____ Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil. São Paulo-SP: Martins Fontes. 2008.

_____ Luhmann, Habermas e o Estado de direito. Disponível em: Acesso em: 09 de novembro de 2014.

OFFE, Claus. Problemas estruturais do Estado capitalista. Rio de Janeiro-RJ. Tempo universitário. 1984.

SALLENAVE, Thyago. A constitucionalização Simbólica e a não realização do Estado democrático de direito na República Federativa do Brasil. Disponível em:

<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/7003/1/20408978.pdf> Acesso em: 02/12/2018.

SANTOS, Mario Ferreira. Invasão vertical dos bárbaros. São Paulo-SP. 2012.

SCIACCA, Michele Federico. Filosofia e antifilosofia. São Paulo-SP: É realizações. 2011.

VOEGELIN, Eric. Hitler e os alemães. São Paulo-SP: É realizações. 2008.

DISPUTE BOARDS E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA O CENÁRIO JURÍDICO BRASILEIRO

DISPUTE BOARDS AND ITS CONTRIBUTION TO THE BRAZILIAN JUDICIARY SYSTEM

Phillip Handow Krauspenhar¹

RESUMO

O sistema jurídico brasileiro está, atualmente, sofrendo as consequências do constante aumento de demandas contenciosas que chegam para seu juízo. O aumento do tempo para apreciar as causas e a tentativa de diminuir seu volume com técnicas e procedimentos de julgamento em massa são algumas das consequências decorrentes desse cenário, no âmbito das lides já consolidadas em juízo, e colocam em risco o bom funcionamento do sistema de justiça. Ao passo que soluções possam ser empregadas com as lides já formadas, o presente trabalho irá focar em momento anterior, de forma que a perspectiva dos métodos extrajudiciais possa oferecer resposta para embaraço ocasionado pelo congestionamento da via judiciária. Reduzindo o escopo, o mecanismo central de análise no presente artigo serão as dispute boards, meio privado e contratual que busca prevenir e solucionar conflitos. Ao pormenorizar o funcionamento e possíveis repercussões da adoção desse mecanismo em larga escala, esperasse ensejar uma reflexão sobre possíveis refinamentos que seriam desejáveis no quadro atual, especificamente, nas vias extrajudiciais, sejam elas no sentido procedimental, no que se refere à sua adequação no contexto atual no Brasil ou, ainda, na sua figura frente à sociedade que, para adotar essa via, estaria condicionada a um senso de segurança advindo do mecanismo. Para tanto, a análise do Resp 1.569.422/RJ, enunciados do Conselho de Justiça Federal e de casos em outros países formará o arcabouço prático que, em contraponto com aporte da teoria geral dos contratos, formará a base para a discussão em voga, qual seja: em que medida um mecanismo extrajudicial não positivado formalmente pode contribuir para melhorias na problemática do excesso de demandas judiciais.

Palavras-chave: Dispute boards, Resolução de conflitos, Sistema Jurídico.

¹ Advogado, Bacharel em Direito pelo UniCEUB, aluno do curso de pós-graduação lato sensu do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD.

ABSTRACT

The Brazilian legal system is currently suffering the consequences of the constant increase of contentious demands that come to its judgment. The increase in the time to assess the causes and the attempt to reduce its volume with techniques and procedures of mass judgment are some of the consequences of this scenario, within the scope of the lides already consolidated in court, and jeopardize the proper functioning of the system of justice. While solutions can be employed with the already formed lides, the present work will focus on the previous moment, so that the perspective of the extrajudicial methods can offer a response to the embarrassment caused by the congestion of the judicial route. Reducing the scope, the central mechanism of analysis in this article will be the dispute boards, private and contractual means that seeks to prevent and solve said conflicts. In detailing the operation and possible repercussions of the adoption of this mechanism on a large scale, the expectation is a reflection on possible refinements that would be desirable in the current context, specifically in extrajudicial ways, be they in the procedural sense, as regards their adequacy in the context current in Brazil, or even in its figure vis-a-vis the society that, in order to adopt this path, would be conditioned to a sense of security coming from the mechanism. In order to do so, the analysis of Resp 1.569.422 / RJ, statements of the Federal Judicial Council and cases in other countries will form the practical framework that, in contrast to the contribution of the general theory of contracts, will form the basis for the current discussion: to what extent, an extrajudicial mechanism not formally positivized can contribute to improvements in the problem of excessive judicial demands.

Keywords: Dispute boards, Conflict resolution, Legal system.

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da complexidade das relações interpessoais e novas interações entre as pessoas advindas de possibilidades inovadoras introduzidas por tecnologias, os conflitos possuem uma tendência de serem gerados em fases de reconhecimento e consolidação dessas novas dinâmicas. Em contrapartida, o judiciário fornecerá soluções para tais lides, ao ser provocado, e, na medida que, em um sistema que adota a civil law, o legislativo forneça ferramentas que possam ser usadas no âmbito da solução de conflitos, o poder judiciário irá concretizar uma resposta consistente para todas situações que possuam identidade na dinâmica do conflito. Tendo esse como seu objetivo central, a ideia de celeridade no fornecimento de respostas para lides formadas e trazidas ao judiciário toma forma. Ocorre que, não raro, esse objetivo não é alcançado e medidas alternativas, ainda no território dos conflitos, são tomadas de modo que as respostas possam continuar a serem fornecidas em um ritmo desejável.

A busca por formas de possibilitar um funcionamento ideal do sistema judiciário para com a sociedade tem ganhado grande espaço no contexto atual, o qual tem evidenciado um congestionamento ocasionado por um excesso de demandas que chegam ao sistema, ao passo que o ritmo em que ocorrem suas resoluções são menores, gerando aumento de acervos de processos, demora para solução de lides e um prejuízo para a sociedade, que depende do judiciário para direcionar ao melhor caminho os embates e conflitos de interesses entre as pessoas.

Na medida que a busca de soluções na figura de RG, IRDR ou Recursos Repetitivos possam representar uma possível melhoria a esse cenário, resoluções de conflitos no âmbito do judiciário levam um tempo mínimo com base no procedimento, o qual dificilmente será modificado sem uma intervenção legislativa, ocasionando um limite na diminuição do referido congestionamento. Nesse sentido, a figura da via extrajudicial representaria uma alternativa prévia à ceara judiciária, muitas vezes prevenindo um embate com maiores complexidades, possibilitando uma resposta mais ágil e, possivelmente, efetiva.

2 AUTONOMIA DAS VONTADES

Previamente ao ingresso no assunto principal, é necessário adentrar o princípio da autonomia das vontades, princípio que irá protagonizar o argumento de validação da utilização de um método alternativo de solução de conflitos ainda não positivado e regulamentado, pela legislação brasileira, no âmbito federal.

O princípio da autonomia das vontades é um princípio contratual que estabelece que ao ser manifestada, a vontade teria o condão de concretizar o contrato, estabelecendo um vínculo obrigacional entre as partes.

O princípio basicamente consiste na liberdade que é concedida às partes contratantes que podem criar ou extinguir relações jurídicas de acordo com suas necessidades ou intenções, obedecendo todas limitações impostas em lei. De acordo com Maria Helena Diniz “O princípio da autonomia da vontade se funda na liberdade contratual dos contratantes, consistindo no poder de estipular livremente, como melhor convier, mediante acordo de vontades, a disciplina de seus interesses,

suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica.”² e Sílvio Rodrigues afirma que “O Princípio da Autonomia da Vontade consiste na prerrogativa conferida aos indivíduos de criarem relações na órbita do direito, desde que se submetam as regras impostas pela lei e que seus fins coincidam como o interesse geral, ou não o contradigam.”³

Nessa linha, resta claro a caráter multifacetado do princípio, no sentido de abordar a liberdade de contratar e não contratar, tal como quem contratar, como será a criação do contrato e o que irá compor as cláusulas contratuais, sempre obedecendo o disposto em lei. De acordo com STRENGER: “a autonomia da vontade como princípio deve ser sustentada não só como um elemento da liberdade em geral, mas como suporte também da liberdade jurídica, que é esse poder insuprimível no homem de criar por um ato de vontade uma situação jurídica, desde que esse ato tenha objeto lícito “. ⁴

A ideia de que os contratos se tornam lei entre as partes vem do século XIX, em que os contratos possuíam a concepção de ampla liberdade de contratar e total submissão aos seus termos. Uma evolução dessa perspectiva foi a inserção da ideia da desigualdade nos contratos individuais. A ideia de desigualdade entra em embate com algumas vertentes basilares da sociedade atual, sendo possível atualmente a intervenção em contratos que se tornem abusivos, de alguma maneira, com alguma das partes. O sentido de que o contrato faz lei entre as partes foi mitigado, a ideia de que as disposições são absolutas não mais tem espaço no universo jurídico atual, ao passo que o desrespeito e quebras contratuais também não são permitidos, a lei disporá em seu conteúdo as permissões e limitações contratuais válidas, levando em contra o contexto ao tempo da análise.

O artigo 421 do Código Civil exprime bem essa ideia, “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.”.

² (DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23).

³ (RODRIGUES, Sílvio. Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15).

⁴ (STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. São Paulo: LTr, 2000, p. 66.)

Objetivando sanar situações de grandes desigualdades, o legislador criou a norma constante no artigo 421 do CC para combater excessos de individualismos de modo a impedir abusividade no contexto contratual, defendendo, nesse sentido, até mesmo terceiros afetados por um contrato.

Sendo assim, pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade parte do pressuposto de que os contratantes se encontram em igualdade, logo, são livres para aceitar ou rejeitar as cláusulas ou termos de um contrato. Ocorre que, está máxima nem sempre é verdadeira, ao passo que uma das partes não pode fugir da necessidade de contratar, ocorrendo que a outra parte acaba levando uma vantagem sobre essa situação, podendo delimitar as regras do contrato.

Com o surgimento da questão da função social do contrato, a autonomia da vontade passou a ser limitada pela intervenção estatal e pelas novas normas de ordem pública. Sempre que a autonomia esteja em confronto direto com o interesse social, o Estado deve intervir, pois não se pode deixar de atender ao bem comum e aos fins sociais em detrimento de um acordo entre indivíduos, podendo incorrer em uma ameaça à própria estrutura da sociedade.

É necessário lembrar, contudo, que o princípio da autonomia de vontade não restou extinto pelo direito moderno, sendo de basilar aplicação no regime jurídico brasileiro. Entretanto, como já relatado, seu exercício será limitado ao disposto nas normas de ordem pública e aos princípios sociais do contrato.

O princípio da autonomia de vontade, portanto, não pode ser simplesmente desconsiderado, pois o contrato ainda existe para que as pessoas possam satisfazer os seus próprios interesses, devendo ser mantido o poder conferido aos contratantes, podendo os mesmo procurar atender as suas necessidades observando as limitações constantes na letra da lei. Ainda, mantém-se sendo imprescindível a observação das regras livremente estabelecidas pelas partes no contrato, sob pena de se instaurar a insegurança nas relações jurídicas.

Não obstante, o princípio da autonomia da vontade deverá suportar mitigações, e não mais ser percebido com um caráter absoluto.

Assim, pode-se definir que o princípio da autonomia de vontades consiste na prerrogativa que os indivíduos detêm de criarem relações jurídicas livremente, desde que observem se as suas pretensões estão de acordo com as regras legais previamente estabelecidas e que o objetivo do contrato não colida com o interesse coletivo.

3 MÉTODOS EXTRAJUDICIAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Métodos extrajudiciais de solução de conflitos são maneiras não convencionais que buscam a solucionar lides sem adentrar à judicialização dos casos, oferecendo vantagens de âmbito econômico, temporal e, muitas vezes, demonstrando um menor grau de complexidade no processo.

A professora Ada Pellegrini Grinover⁵ alerta sobre o elevado grau de litigiosidade é próprio da sociedade moderna, e que não pode ser sanada pelo mero aumento no número de juízes, pois, na sua visão, somente faria aumentar o problema.

Defende que a auto-composição dos conflitos por meio de soluções não-adjudicatórias e construídas pelos próprios interessados seria a saída mais adequada. Nas suas palavras:

A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o fundamento funcional. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição.

Oscar Pilagallo⁶, propõe que “a construção de uma rodovia é algo muito difícil quando não há segurança jurídica”, e cita Armando Castelar Pinheiro, para quem “não por outra razão a gente tem visto tanta dificuldade de investimento privado em infra-estrutura em países em desenvolvimento”.

⁵ Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. Revista de Arbitragem e Mediação, coordenador Arnaldo Wald, São Paulo, ano 4, nº 14, julho-setembro de 2007, capítulo 3, p. 18.

⁶ Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2008, capítulo 1, “O Preço da Incerteza”, p. 14 e 15.

Para ele, o que a insegurança jurídica faz é reduzir o potencial de utilização de ativos. Prossegue concluindo que:

Nunca será demais insistir na conexão entre segurança jurídica e desenvolvimento econômico. Uma construtora certamente irá preferir concentrar seus negócios em países que possam garantir que a estrada construída não será expropriada. Da mesma maneira, uma pessoa, se puder, comprará imóvel em lugares onde este não lhe será tomado pelo inquilino ou pelo Estado. Em outras palavras, a insegurança jurídica incentiva a migração da poupança, que é canalizada para regiões ou países em que se tenha a expectativa de que leis não virarão pó.

É nesse cenário que surge o foco de interesse nos mecanismos alternativos de solução de controvérsias. A arbitragem, em especial, é bastante antiga e sua origem é anterior à própria ideia de Poder Judiciário, e tem a ideia de que árbitros carregam maior pureza ideológica e intelectual e são capazes de entender o litígio e dotá-lo de solução mais justa.

Inclusive, a confiança é elemento fundamental em matéria de arbitragem, o qual atua com força bastante parecida em outros institutos, como a conciliação, a mediação e os dispute boards.

A exigência do mercado específico e das próprias complexidades das relações fez com que se fosse exigido, inclusive como técnica de administrar as lides e os contratos, formas diferentes de gerir os conflitos de interesses. Inicialmente, em relações contratuais, a crise negocial melhor serve às partes se resolvida por “construção” da solução do que por decisões adjudicadas e impostas por uma autoridade, sem que se possa ter controle do tempo e custo do processo.

A vantagem está, também, em que a construção de uma decisão em processos não adversariais acaba por evitar desgastes próprios das lides judiciais, em que o emprego de técnicas puramente litigiosas deprecia as relações mercantis em prejuízo do intercâmbio comercial.

Dentre os métodos extrajudiciais mais difundidos, há de se destacar a conciliação, a arbitragem e a mediação. Ainda existe um método relativamente mais novo do que os citados, objeto central desse artigo, as dispute boards, comitês de resolução de conflitos.

As dispute boards são um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses que consiste em uma ferramenta contratual em que se estabelece, no âmbito do contrato, comitês de especialistas, indicados pelos próprios contratantes, no assunto de que se trata o contrato. Esses especialistas têm a responsabilidade de acompanhar o andamento do contrato, durante toda sua duração, de modo a prevenir possíveis conflitos no contexto do contrato, inclusive na esfera prática de execução do contrato, e solucionar as disputas eventuais que possam surgir, sem que tais complicações se tornem demandas formais judicializadas.⁷

Na definição de Ignacio Madalena, os comitês de resolução de conflitos seriam:

[...] un órgano generalmente compuesto por três profesionales imparciales, designados al inicio de la ejecución del contrato, para asistir a las partes en la resolución de disputas que puedan surgir durante la ejecución del proyecto, mediante la emisión de recomendaciones o decisiones vinculantes para las partes en relación con una determinada controversia. De este modo, el DB se configura como un método especializado y técnico de resolución de controversias mediante la decisión neutral de un experto en la materia.⁸

Desse modo, além do propósito de guiar o contrato de modo a evitar futuros problemas, por possuírem conhecimento técnico e especializado sobre a matéria objeto do contrato, os especialistas que compõem os comitês de resolução de conflitos fornecem recomendações que igualmente vinculam as partes em determinado contexto.

As dispute boards também possuem diversas modalidades, variando entre Dispute Review Board, Dispute Adjudication Board e Combined Dispute Board, sendo definidos por Arnaldo Wald como comitês que, no âmbito do contrato, podem “fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções

⁷ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dispute-board-como-solucao-de-controversias-27042018>

⁸ CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 180, 2006.

(Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes”.⁹

Em síntese, o DRB é a modalidade de dispute board onde a comissão apenas a função consultiva, não gozando, a princípio, de força vinculante. Desse modo, a postura mais adequada aos objetivos propostos pelo Dispute Review Board é a de observar, de pronto, as recomendações exaradas pelo comitê, apesar de não serem obrigatórias, privilegiando a boa-fé objetiva, a celeridade e a eficiência

Repise-se que essas recomendações são recorríveis, mas no caso de inércia, terão efeito vinculante, salvo hipótese de violação de lei.

O Dispute Review Board, em relação à obrigatoriedade de suas decisões, está inserto na classe das modalidades que não são vinculativas ou que se tornam vinculantes depois de finalizado determinado prazo.

O Dispute Adjudication Board é a modalidade de Dispute Board que possui a prerrogativa de emitir decisões, passíveis de manifestação, inclusive quanto à concordância com seu teor.

Havendo discordância, o direito ao contraditório é respeitado por ambos os regulamentos, sendo estas recorríveis. Contudo, o recurso só será recebido no efeito devolutivo, não suspendendo a exigibilidade das decisões

Por fim, o Combined Dispute Board tem natureza híbrida, podendo emitir recomendações e, excepcionalmente, decisões. Sendo que nesse último, deverá ser provocado por uma das partes, e a outra parte deverá concordar com esse requerimento ou permanecer silente.

Noutras palavras, a maior diferenciação entre as espécies de dispute boards seriam o grau de vinculação entre os pareceres exarados pelos especialistas, possuindo um caráter consultivo para o melhor andamento do contrato ou decisivo para impor uma resolução para a situação problema. Estabelecidas essas diferenciações, um comitê pode ter a natureza multifacetada, a depender da cláusula contratual que o constitui, possuindo cenários e momentos o qual irá se portar como

⁹ WALD, A. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

um órgão que vincula as partes em suas decisões ou que atua de forma consultiva, em um mesmo contrato. Importante destacar que no caso das decisões vinculantes (DAB ou CDB) o teor deve ser detidamente observado, sendo possível o enquadramento em quebra de cláusula contratual, ao passo que, no caso de decisões de teor consultivo (DRB ou CDB) podem ser levadas a juízo arbitral ou justiça pública, considerando o efeito não vinculante de tais decisões.

Parte das vantagens das dispute boards são semelhantes aos de outros meios extrajudiciais, mas um diferencial importante seria a grande possibilidade de prevenção de conflitos. Ao conjugar especialistas das diversas áreas que podem ser objeto de um contrato e um procedimento célere e simplificado, as respostas e direcionamentos para situações que possam representar um conflito entre as partes possuem elevado grau de rapidez e, conseqüentemente, preventibilidade, configurando em um mecanismo desejado para evitar aumento de custos na execução de contratos.

A Dispute Resolution Board Foundation elencou os benefícios da adoção do referido mecanismo em documento disponível em seu site, afirmando que a:

Experience has demonstrated that the DRB process facilitates positive relations, open communication, and the trust and cooperation that is necessary for the parties to resolve problems amicably. There are several reasons for this result, including: (1) the parties are reluctant to posture by taking tenuous or extreme positions, because they do not want to lose their credibility with the Board members and (2) since the DRB encourages the prompt referral of disputes and handles disputes on an individual basis, the aggregation of claims is minimized, thus avoiding an ever-growing backlog of unresolved claims which can create an atmosphere that fosters acrimony.¹⁰

Nesse destaque, a fundação busca informar os interessados na adesão de tal mecanismo os aspectos estranhos ao conflito em si que podem influenciar na busca de sua solução, que são mitigados pela própria utilização da cláusula de dispute boards.

Vale ressaltar que no cenário mundial esse método é amplamente utilizado em diversos contratos, com destaque para contratos de construção, conforme aponta

¹⁰ <https://www.drb.org/concept/manual/table-of-contents/>

[...] esse método foi sendo incorporado cada vez mais aos contratos de construção de grandes projetos: Aeroporto de Hong Kong; Hidrelétrica de Ertan, na China; Canal da Mancha, Reino Unido; autopista de Mount Baker ridge em Washington, Estados Unidos, Túnel Chambers Creek, Washington, Estados Unidos. Também foi empregado o mecanismo no contrato de construção da Central Hidrelétrica Coca Codo-Sinclair, no Equador; na construção da autopista Tegucigalpa-San Pedro, em Honduras; nos contratos da Central Hidrelétrica Changuinola e do Projeto Hidrelétrico Dos Mares, no Panamá; na construção da planta de tratamento de águas Projeto Huachipa, no Peru; [...].¹¹

Atualmente, no Brasil, a legislação referente às dispute boards é escassa, merecendo destaque alguns projetos de lei, como o Projeto de Lei 6814/2017, que prevê em seu artigo 86 o uso de dispute boards para solução de controvérsias, Projeto de Lei 9883/2018 que dispõe sobre o uso de dispute boards em contratos administrativos e Projeto de Lei 206/2016, que regulamenta o uso de dispute boards em contratos administrativos continuados celebrados pela União.

Por inexistirem padrões legais, os dispute boards têm sua base em um contrato firmado entre as partes, daí ser um fenômeno que embora possua uma denominação usualmente utilizada, seu regramento poderá diferir conforme a instituição eleita pelas partes e as disposições contratuais.

Vê-se, por esse ângulo, que, do mesmo modo que ocorre em arbitragem, o regulamento da instituição eleita para administrar o dispute board vincula as partes contratantes desde a assinatura do contrato em que voluntariamente optaram por essa forma de gestão de conflitos.

Os dispute boards não são o mesmo que arbitragem. O próprio regulamento da Câmara de Comércio Internacional estabelece que em caso de discordância no tocante à decisão proferida pelo board as partes poderão recorrer à autoridade competente, ou seja, árbitros ou Poder Judiciário, conforme dispuser o contrato; ou seja, conforme a cláusula de foro, que pode eleger foro judicial ou arbitral para esse fim.

¹¹ http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-Dir-Mackenzie_v.09_n.02.08.pdf

A arbitragem é procedimento mais amplo, no sentido de que o julgador canaliza todos os aspectos fáticos e jurídicos em direção a uma decisão final e obrigatória. Nos dispute boards há um comitê que auxilia o andamento de uma obra, por exemplo, ao focar sua atenção sobretudo em aspectos fáticos, emitindo recomendações com função preventiva de litígios.

Possibilitar às partes, ainda, focar sua atenção nas questões técnicas que, por vezes, concentrarão todo o âmago da lide, de modo que eventual tentativa de impugnação pela via judicial ou arbitral será, no mais das vezes, nada além de mera procrastinação e quebra da boa-fé contratual, o princípio *estoppel* do direito anglo-saxão.

Importante observar que a arbitragem implica renúncia à jurisdição do Estado. Nos demais procedimentos essa renúncia é facultativa, sendo certo que ao optar por uma forma alternativa de resolução de disputas o que ocorre é que as partes cumprem voluntariamente a “decisão”.

4 PRECEDENTE

Talvez por não ser um mecanismo amplamente difundido no Brasil atualmente, as dispute boards ainda não possuem muitos casos práticos que geraram algum tipo de controvérsia no âmbito jurídico. Ainda assim, vale destacar o Resp 1.569.422/RJ, julgado pela terceira turma do Superior Tribunal de Justiça, relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze, recorrentes Haakon Lorentzen e Erling Sven Lorentzen da Lorentzen Empreendimentos S. A e recorrido Hugo Pedro de Figueiredo. O processo é de 2015 e possui a seguinte ementa:

RECURSO ESPECIAL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA VEICULADA EM DOCUMENTO APARTADO DO INSTRUMENTO CONTRATUAL SUBJACENTE (MEIO EPISTOLAR). APOSIÇÃO DE ASSINATURA NO DOCUMENTO. DESNECESSIDADE. ANUÊNCIA INEQUÍVOCA SOBRE A CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. RECONHECIMENTO. DISPOSIÇÃO CONTRATUAL QUE DELEGA A TERCEIRO A SOLUÇÃO DE ESPECÍFICA CONTROVÉRSIA (VALOR DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA A SER ADQUIRIDA), CUJA DECISÃO SERIA FINAL, DEFINITIVA E ACATADA PELAS PARTES. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA, AINDA QUE VAZIA, APTA A

SUBTRAIR DO PODER JUDICIÁRIO O JULGAMENTO DA QUESTÃO. EFEITO NEGATIVO. OBSERVÂNCIA. PRETENSÃO ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA. RESISTÊNCIA DA PARTE DEMANDADA. INEXISTÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO, SEM JULGAMENTO DE MÉRITO. NECESSIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Sob o aspecto formal, a única exigência tecida pela lei de regência para o estabelecimento da convenção de arbitragem, por meio de cláusula compromissória – em não se tratando de contrato de adesão –, é que esta se dê por escrito, seja no bojo do próprio instrumento contratual, seja em documento apartado. O art. 4º da Lei n. 9.307/96 não especifica qual seria este documento idôneo a veicular a convenção de arbitragem, não se afigurando possível ao intérprete restringir o meio eleito pelas partes, inclusive, v.g., o meio epistolar. Evidenciada a natureza contratual da cláusula compromissória (autônoma em relação ao contrato subjacente), afigura-se indispensável que as partes contratantes, com ela, consentam.

1.1 De se destacar que a manifestação de vontade das partes contratantes, destinada especificamente a anuir com a convenção de arbitragem, pode se dar, de igual modo, de inúmeras formas, e não apenas por meio da aposição das assinaturas das partes no documento em que insere. Absolutamente possível, por conseguinte, a partir do contexto das negociações entabuladas entre as partes, aferir se elas, efetivamente, assentiram com a convenção de arbitragem. **2.** Por meio da cláusula compromissória, as partes signatárias ajustam convenção de arbitragem para solver eventuais conflitos de interesses, determinados ou não, advindos de uma relação contratual subjacente, cuja decisão a ser prolatada assume eficácia de sentença judicial. Desse modo, com esteio no princípio da autonomia da vontade, os contratantes elegem um terceiro - o árbitro, que pode ser qualquer pessoa que detenha, naturalmente, a confiança das partes -, para dirimir, em definitivo, a controvérsia a ele submetida. Como método alternativo de solução de litígios, o estabelecimento da convenção de arbitragem produz, de imediato, dois efeitos bem definidos. O primeiro, positivo, consiste na submissão das partes à via arbitral, para solver eventuais controvérsias advindas da relação contratual subjacente (em se tratando de cláusula compromissória). O segundo, negativo, refere-se à subtração do Poder Judiciário em conhecer do conflito de interesses que as partes tenham reservado ao julgamento dos árbitros. **2.1** **Afigura-se absolutamente possível que as partes, por anteverem futuras e pontuais divergências ao longo da consecução do objeto contratual, ou por conveniência/necessidade em não se fixar, de imediato, todos os elementos negociais, ajustem, no próprio contrato, a delegação da solução de tais conflitos a um terceiro ou a um comitê criado para tal escopo e, também com esteio no princípio da autonomia de vontades, disponham sobre o caráter de tal decisão, se meramente consultiva; se**

destinada a resolver a contenda imediatamente, sem prejuízo de a questão ser levada posteriormente à arbitragem ou à Justiça Pública, ou se vinculativa e definitiva, disposição contratual que, em qualquer circunstância - ressalvado, por óbvio, se existente algum vício de consentimento, - deve ser detidamente observada. 2.2 Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.

[...]”¹² (destaque nosso)

Em seu voto, o relator destacou diversos pontos no sentido da defesa e legitimidade da cláusula que estabelece a dispute board, apontando que apenas há abertura para envolvimento do judiciário no que concerne o contrato e as disposição e pareceres do comitê no que tange matéria relativa à consulta, ao passo que matéria constante de decisão vinculante não poderia ser revisto, o mérito, pelo judiciário:

Na espécie, segundo convencionado pelas partes contratantes, a eventual divergência sobre o valor das ações pertencentes ao Sr. Hugo Pedro de Figueiredo, a serem adquiridas por Haakon Lorentzen, Erling Sven Lorentzen e Lorentzen Empreendimentos S.A, deve ser dirimida por um avaliador nomeado por cada parte e, não havendo consenso, estes, em conjunto, indicariam um terceiro, para tal propósito, cuja decisão, segundo expressamente ajustado, seria final e aceita pelas partes de modo definitivo.

Trata-se, pois, na compreensão deste relator, de inequívoca cláusula compromissória, por meio da qual as partes signatárias convencionaram que a controvérsia acerca da definição do valor das ações a serem adquiridas (conflito de interesses determinado, portanto), advindos de uma relação contratual subjacente (no caso, do acordo de unificação das companhias de navegação), deve ser decidida por dois "avaliadores", indicados por cada parte, que, se necessário for, indicarão um terceiro para tal propósito, cuja decisão **"será final, definitiva e acatada pelas partes"**.

[...]

Será, portanto, a partir da natureza conferida pelas partes à decisão do terceiro ou do comitê criado para o escopo de dirimir determinada controvérsia, respeitada a autonomia dos contratantes, é que se poderá inferir se se está, ou não, diante

¹² <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI264821,61044-A+jurisprudencia+defensiva+ataca+novamente>

de um método alternativo de heterocomposição de conflitos de interesses.¹³

Em suma, o envolvimento do judiciário, nos casos em que os comitês são estabelecidos como legítimas fontes para analisar e conferir uma solução às controvérsias relacionadas com a execução de um contrato, com base na autonomia dos contratantes, deverá ser limitado (no caso de avaliar as premissas e contexto em que o contrato foi celebrado) ou inexistente (no contexto de que o mérito relativo a assunto no âmbito de competência dos comitês não deverá ser revisto pelo judiciário).

Ainda, no contexto do contrato objeto de análise do Resp, o ministro relatou que foi criado um comitê de caráter consultivo, destacando que os pareceres desse comitê já não teriam caráter vinculante:

Na hipótese dos autos, interessante notar que as partes contratantes, cientes da complexidade da operação societária de unificação das companhias de navegação, assim como da necessidade de manutenção de um ambiente de cooperação e parceria dos signatários, chegaram a nomear um Comitê Consultivo para, em caráter opinativo, dirimir as questões divergentes pontuais. Ressai evidente que, nesse contexto, a deliberação do Comitê Consultivo não teria, em princípio, o condão de vincular definitivamente as partes contratantes porque assim não avançaram.¹⁴

Nessa linha, com base nesse precedente, pode-se notar um prestígio, por parte do posicionamento do STJ nesse caso, à autonomia das vontades, destacando, ainda que não haja matéria positivada farta em relação ao tema de dispute boards, que o estabelecimento de métodos alternativos de solução de conflitos pelas partes deverá ser respeitado pelo judiciário, quando em cláusula que constitui tal método restar claro que os pareceres são de natureza definitiva e vinculante.

Em caso recente destaca-se ainda o caso da ampliação da Linha 4-Amarela do Metrô de São Paulo, em que o Banco Interamericano para Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) exigiu a presença de um dispute board para o acompanhamento da obra, cuja comissão foi composta por três engenheiros e custou aproximadamente 0,06% do valor da obra (orçada em 1,55 bilhão de dólares).

¹³ <http://www.stj.jus.br/SCON/>

¹⁴ <http://www.stj.jus.br/SCON/>

5 ENUNCIADOS DO CJF

O Conselho de Justiça Federal, órgão autônomo ligado à Justiça Federal, regulamentado pela Lei 11.798/2008, é formado por cinco ministros do STJ e cinco presidentes de Tribunais Regionais Federais. O órgão é presidido pelo presidente e vice-presidente do STJ. Tem por objetivo o estabelecimento de diversas vertentes da Justiça Federal, referentes à sua administração, procedimentos jurisdicionais, o aprimoramento da prestação jurisdicional, examinar e encaminhar ao STJ a criação e extinção de cargos no âmbito da Justiça Federal e fixação de vencimentos e vantagens de servidores e magistrados da Justiça Federal.¹⁵

No cenário de pouco conteúdo positivado relativo às dispute boards, é necessário destacar a participação do CJF para reverter essa situação, que contribuiu com dois enunciados de grande valor para o estabelecimento desse mecanismo no sistema jurídico brasileiro, quais sejam os enunciados 49 e 80 que estipulam, respectivamente, que “Os Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro.”¹⁶ e “A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (Dispute Boards), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.”¹⁷. O reconhecimento e o encorajamento do uso de referido método por um órgão como o CJF demonstra a potencial contribuição que os dispute boards podem trazer para o cenário jurídico e dos contratos, tanto oferecendo uma resposta mais rápida e acessível aos embargos que podem ocorrer na execução de um contrato, como evitando que mais processos tenham de adentrar o âmbito do judiciário para divergências serem solucionadas.

¹⁵ <https://www.cjf.jus.br/cjf/conheca-o-cjf/>

¹⁶ <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/912>

¹⁷ <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/938>

6 CONCLUSÃO

Ao passo que o presente artigo não pretende encerrar qualquer debate referente ao tema, espera-se que uma perspectiva informativa, com posicionamento do STJ, enunciados do CJF e aplicação do método em voga em contratos no exterior possa demonstrar os diversos aspectos que permeiam a utilização das dispute boards e os múltiplos impactos que essa ferramenta pode causar.

Considerando o cenário da justiça brasileira, as problemáticas em relação a uma necessária melhora na prestação jurisdicional poderiam ser atendidas por uma maior utilização dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tornando a via judiciária como a última solução a ser empregada no caso de divergências.

Uma maior popularização desses métodos teria o potencial, como já reforçado no decorrer desse artigo, para uma melhoria no funcionamento do sistema judiciário.

Ademais, no julgamento do Resp 1.569.422/RJ, restou clara a construção jurídico-argumentativa do Ministro Marco Aurélio, no sentido de validar, frente a legislação brasileira, a utilização de dispute boards. Para isso foi necessário trabalhar o princípio da autonomia das vontades junto das cláusulas que dispunham sobre o método alternativo. Nesse sentido, para a consolidação das dispute boards e uma maior segurança jurídica, a criação de uma regulamentação contribuiria para a sua utilização.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT NETO, Eurico. *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

CAIRNS, D. J. A.; MADALENA, I. El reglamento de la ICC relativo a los dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 3, n. 10, p. 180, 2006.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais. São Paulo: Saraiva, 2008, p.23.

Direito e Economia. São Paulo: Saraiva, 2008, capítulo 1, “O Preço da Incerteza”, p. 14 e 15.

HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Tradução (da 20. ed. alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 3ª Edição, Ed. Saraiva.

Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. Revista de Arbitragem e Mediação, coordenador Arnoldo Wald, São

RODRIGUES, Silvio. Dos Contratos e das declarações unilaterais de vontade. São Paulo: Saraiva, 2007, p.15)

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10º ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRENGER, Irineu. Da autonomia da vontade: direito interno e internacional. São Paulo: LTr, 2000, p. 66.

WALD, A. A arbitragem contratual e os dispute boards. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 2, n. 6, p. 18-19, 2005.

ERRO JUDICIÁRIO E TIPICIDADE ABERTA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: POSSIBILIDADE

JUDICIAL ERROR AND OPEN TYPICAL OF MOTION TO CLARIFY: POSSIBILITY

Dhulyene Dias da Costa Santos¹

RESUMO

O presente artigo, utilizando-se de metodologia prescritiva, com base em pesquisa doutrinária e jurisprudencial, tem por objetivo discorrer acerca das divergências existentes quanto à possibilidade de interposição de Embargos de Declaração em outras hipóteses não consagradas no diploma processual vigente. De início, será feito um estudo dos aspectos relevantes do recurso de Embargos de Declaração e os dissensos a respeito do tema, apresentando-se suas características essenciais, tanto as previstas no Código de Processo Civil, quanto aquelas apontadas pelos processualistas, dentre os quais Luís Eduardo Simardi Fernandes, Teresa Arruda Alvim Wambier e Mônica Tonetto Fernandez. Em seguida, será discutida a controvérsia em torno da fundamentação vinculada do recurso e sua possível tipicidade aberta, sobretudo em relação a eventuais erros judiciais, fazendo-se um paralelo entre *error in procedendo* e *error in judicando* e as justificativas para o acolhimento dos Embargos para aqueles em detrimento destes, visto que ambos são importantes e podem trazer prejuízos às partes caso não sejam corrigidos. Outro ponto importante da pesquisa é que se verifica enorme dificuldade dos julgadores em se definir com precisão o que seria um erro de julgamento, confundindo, muitas vezes, os limites entre erro material e erro de fato, sendo que este é uma espécie de erro de julgamento, ao passo que aquele é classificado como erro de procedimento. Para finalizar, corroborando o posicionamento adotado neste artigo, será analisado julgamento recente do Superior Tribunal de Justiça, por meio do qual se reconheceu erro judicial, por maioria, e se acolheu os Embargos Declaratórios a fim de modificar a decisão prolatada em julgamento anterior, o que leva a concluir pela possibilidade da interposição do recurso em outras hipóteses, a despeito da falta de previsão legal, pois os clamores sociais da modernidade não comportam uma rigidez processual tão extrema como forma de perpetuação de uma injustiça, fazendo com que o jurisdicionado suporte as consequências de um erro que não ocasionou.

¹ Advogada. Aluna do Curso de Pós-graduação *latu sensu* em Direito e Prática Processual nos Tribunais do Centro Universitário de Brasília - UNICEUB/ICPD.

Palavras-chave: Embargos de Declaração. Tipicidade Aberta. Erro de Julgamento.

ABSTRACT

The present article, using a prescriptive methodology, based on doctrinal and jurisprudential research, aims to discuss the existing divergences regarding the possibility of filing for Motion to Clarify in other hypotheses not enshrined in the current procedural law. At the outset, a study will be made of the relevant aspects of the Appeals of Motion to Clarify and dissent regarding the subject, presenting their essential characteristics, both those provided for in the Code of Civil Procedure and those identified by the proceduralists, among them Luís Eduardo Simardi Fernandes, Teresa Arruda Alvim Wambier and Mônica Tonetto Fernandez. Next, the controversy will be discussed about the related grounds of the appeal and its possible openness, especially in relation to possible judicial errors, making a parallel between error in proceeding and error in *judicando* and the justifications for the reception of the Motion to Clarify for those to the detriment of these, since both are important and can bring damage to the parties if they are not corrected. Another important point of the research is that it is extremely difficult for judges to define precisely what would be a mistake of judgment, often confusing the boundaries between material error and *de facto* error, since this is a kind of error of judgment, whereas that is classified as a procedural error. Finally, in order to corroborate the position adopted in this article, a recent judgment of the Superior Court of Justice will be analyzed, whereby a judicial error was recognized, by majority, and the Motion to Clarify were accepted in order to modify the decision rendered in a previous trial, the which leads to the conclusion that the appeal may be filed in other cases, in spite of the lack of legal provision, since the social clamor of modernity does not entail a procedural rigidity that is so extreme as to perpetuate an injustice, consequences of an error which it did not cause.

Keywords: Motion to clarify. Open Typical. Error of Judgment.

1 INTRODUÇÃO

O recurso de Embargos de Declaração constitui instrumento fundamental para a complementação de decisões judiciais cuja clareza e certeza restarem comprometidas, possuindo a parte a prerrogativa de requerer ao órgão jurisdicional a elucidação do *decisum*, quando ocorrerem vícios ou defeitos referentes à obscuridade, contradição, omissão ou erro material, independentemente de comprovação de prejuízo para o embargante.

Possui caráter meramente integrativo e aclarador, não se prestando a discutir os fundamentos da decisão judicial com o intuito de modificar, substancialmente, o conteúdo da decisão, embora muitas vezes essa solução se mostre viável e necessária. Esse ponto, no entanto, é uma das inúmeras controvérsias a que estão

sujeitos os Embargos, tendo em vista que não há uma regra que garanta que a modificação do *decisum* não possa ocorrer, eventualmente, ainda que nas hipóteses de cabimento legalmente previstas.

Partindo-se do pressuposto de que em determinadas situações ocorrerá, inevitavelmente, modificação da decisão prolatada anteriormente, ainda que nas hipóteses previstas no diploma processual brasileiro, argumentar-se-á a respeito da possibilidade de interposição de Embargos Declaratórios em outras hipóteses, como, por exemplo, em caso de erros de julgamento, tendo em vista que ao reconhecê-lo no julgamento do recurso, a alternativa que mais se adequaria aos anseios de justiça seria anular o julgamento e proferir outro, com as devidas correções.

Essa possibilidade tem sido alvo de divergências doutrinárias e jurisprudenciais, inclusive entre o STF e o STJ, entretanto, embora em caráter excepcional, tem-se admitido o acolhimento dos Embargos de Declaração para correção de erros de julgamento, ou quando a decisão judicial não estiver sujeita a nenhum outro recurso, mas estiver maculada por vícios ou erros graves, com evidente prejuízo para a parte, conforme assevera Eduardo Talamini.

Assim, o presente artigo será dividido em três pontos básicos. No título 2, será feita uma breve explanação quanto aos Embargos de Declaração, na qual por meio de estudos de Eduardo Talamini, Luís Eduardo Simardi Fernandes, Mônica Tonetto Fernandez, Rômulo de Castro Souza Lima e Teresa Arruda Alvim Wambier, serão apresentadas as características essenciais do presente recurso bem como as divergências a respeito do tema, com relação a natureza jurídica, efeitos, hipóteses de cabimento e possibilidade de ampliação, dentre outros.

Logo após, adentrar-se-á, especificamente, na classificação rígida do recurso de Embargos como sendo recurso de fundamentação vinculada, apresentando-se as razões e as críticas para tal posicionamento, uma vez que a sociedade não se encontra amplamente amparada pelas disposições legais, pura e simplesmente. Os anseios sociais são complexos e as lacunas nas normas é algo incontestável, o que exige do órgão jurisdicional uma interpretação além das disposições literais da norma, devendo-se analisar outros aspectos que permeiam o caso concreto.

Para embasar este posicionamento, utilizar-se-á de artigo de Sandro Gilbert Martins, nos quais ele apresenta as razões pelas quais defende a tipicidade aberta dos Embargos de Declaração, dentre as quais se destaca a confusão existente na conceituação entre erro material e erro de fato, tendo em vista que até mesmo os julgadores o conceituam muitas vezes como expressões sinônimas, sendo que o primeiro é uma espécie de *error in procedendo*, ao passo que o segundo, *error in judicando*. Para corroborar essa afirmação, será apresentada brevemente uma discussão entre os Ministros do STF no julgamento dos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA.

Por fim, será analisado um julgamento recente do STJ nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 22.078 (2015/0240741-2), no qual, por meio de voto divergente do Ministro Luís Felipe Salomão, a Corte Especial do STJ reconheceu, por maioria, a existência de erro no julgamento anteriormente prolatado pelo Ministro relator Herman Benjamin, que havia extinguido sem julgamento de mérito Mandado de Segurança impetrado pela parte.

Com isso, após reconhecimento do erro judiciário e evidente prejuízo para a parte, foram acolhidos Embargos de Declaração a fim de se modificar a decisão anterior, concedendo a segurança ao impetrante. Assim, os argumentos apresentados no presente artigo, a despeito da controvérsia existente, demonstram favoráveis à tipicidade aberta dos Embargos de Declaração, visto que as disposições legais devem ser seguidas, evidentemente, no entanto, a lei não alcança todas as situações possíveis e soluções estanques e extremas são contrárias aos anseios de justiça e equidade.

2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

A disciplina dos Embargos de Declaração na processualística brasileira possui previsão expressa no artigo 1.022 do CPC, constituindo meio idôneo a suprir eventuais falhas na decisão judicial, apto a sanar vícios ou defeitos quando o provimento judicial estiver maculado por obscuridade, contradição, omissão e erro

material, a ser interposto no prazo único de 5 (cinco) dias, de acordo com o artigo 1.023.²

Embora tratar-se de instrumento utilizado desde o período monárquico, até os dias atuais o recurso de Embargos de Declaração estão envoltos por controvérsias das mais variadas, como em relação a sua natureza jurídica, a possibilidade de ampliação das hipóteses de cabimento, caráter infringente ou modificativo dos recursos, dentre outros.³

Parte da doutrina defende que os Embargos Declaratórios não constituem recurso, mas mero incidente processual, pois não se prestam a atacar o conteúdo decisório, promovendo uma reforma substancial no julgado, mas apenas aperfeiçoá-lo, tendo em vista seu caráter de meio de integração e/ou complementação das decisões embargadas.⁴

No entanto, o artigo 994, IV do CPC inclui os Embargos de Declaração no rol dos recursos, o que nos aponta que o dissenso a respeito do tema, não encontra razão de ser, ante a previsão expressa nesse sentido. A doutrina majoritária, que defende a natureza recursal dos Embargos, aponta que não há razão para afastá-lo dessa qualidade essencial, uma vez que o instituto perpassa pelos pressupostos de admissibilidade a que estão sujeitos os demais recursos, embora com suas especificidades.⁵

Os Embargos Declaratórios, embora possuam natureza recursal, possuem algumas diferenças em relação aos demais recursos, sendo este o principal motivo das divergências doutrinárias no que se refere a sua natureza jurídica. Dentre essas diferenças, pode-se citar a prescindibilidade de prejuízo para a parte embargante, que

² BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em 22 de abril de 2019.

³ TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração: efeitos no CPC/15*. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

⁴ LIMA, Rômulo de Castro Souza. *A natureza jurídica dicotômica dos embargos declaratórios*. In: Revista Gênese de Direito do Trabalho. Curitiba: Gênese, v.20. Disponível em: <<http://www.revista.justitia.com.br/artigos/8c1243.pdf>>. Acessado em 22 de abril de 2019.

⁵ FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

baseia seu recurso apenas no vício existente na decisão prolatada, requerendo a sua complementação a fim de facilitar a execução, por exemplo.

Além do mais, não constitui requisito indispensável para o acolhimento do recurso de Embargos de Declaração o recolhimento do preparo, pois esta exigência não abrange este recurso. Outra característica peculiar aos Embargos Declaratórios é o fato de que se processam *inaudita altera pars*, ou seja, o presente recurso não se sujeita ao contraditório justamente por inexistir prejuízo às partes, ao menos em tese.⁶

A ausência de preparo e a desnecessidade do contraditório, contudo, não retira dos Embargos de Declaração sua natureza recursal. Embora a parte não precise demonstrar prejuízo para a interposição do recurso, isso não implica dizer, necessariamente, que ele não ocorreu. Ao contrário, a ausência de clareza, geradora de dúvidas nos provimentos judiciais, pode causar prejuízos para ambas as partes, o que justificaria a ausência de contraditório.

No entanto, apesar do contraditório ser dispensável, segundo disposição do artigo 1.023, § 2º do CPC, ao embargado será concedido o prazo de 5 (cinco) dias, caso queira se manifestar, na hipótese da decisão ser modificada por meio dos Embargos.

Ademais, como dito anteriormente, o recurso de Embargos se sujeita aos requisitos de admissibilidade dos demais recursos, não havendo razão para afastar sua natureza recursal, sobretudo diante da previsão expressa do CPC nesse sentido. Neste sentido, Luís Eduardo Simardi Fernandes esclarece:

[...] De qualquer forma, de se reconhecer que se está diante de remédio que apresenta certas características que podem levar o intérprete a concluir que não se trata de recurso. Mas nos parece, contudo, que não há porque negar essa sua natureza. Trata-se de recurso com características próprias e algumas peculiaridades, mas que, nem por isso, deixa de ser recurso.⁷

⁶ FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

⁷ FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, questionamento e outros aspectos polêmicos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 32.

No mesmo sentido, Teresa Arruda Alvim Wambier defende a natureza recursal dos Embargos de Declaração uma vez que “têm, também, como efeito obstar a produção de coisa julgada, pelo que, ao que parece, devem ser considerados recursos, uma vez que este efeito é produzido tipicamente por recursos.”⁸

Outra questão que gerava dúvida era em relação a quais decisões judiciais estariam sujeitas a impugnação por meio dos Embargos de Declaração, tendo em vista que o CPC/73 dispunha que cabia o referido recurso contra sentenças e acórdãos, gerando controvérsias quanto a ampliação de seu cabimento para despachos e decisões interlocutórias.

Essa questão, entretanto, foi dirimida pelo novo diploma processual, que estabelece que “cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial”, não restando mais dúvidas quanto ao seu cabimento nas decisões judiciais supramencionadas, independentemente de serem irrecorríveis ou não.⁹ Teresa Arruda Alvim Wambier considera inconstitucionais todas as decisões em que não houver cabimento de Embargos de Declaração de algum pronunciamento judicial.¹⁰

O recurso de Embargos está sujeito aos pressupostos recursais de admissibilidade, tanto os objetivos quanto os subjetivos, além de ser considerado pela doutrina majoritária, quanto ao juízo de mérito, um recurso de fundamentação vinculada, uma vez que para seu provimento é necessário demonstrar com precisão que houve a ocorrência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material.¹¹

Essa questão, no entanto, é controvertida, como será demonstrado adiante, tendo em vista que se discute quanto à rigidez determinada pela legislação e pelos julgadores no que se refere à possibilidade de ampliação do recurso de Embargos para além das hipóteses taxativamente previstas no CPC.

⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 54.

⁹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acessado em 22 de abril de 2019.

¹⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 60.

¹¹ FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

Quanto aos efeitos dos Embargos de Declaração tem-se que estes recursos sujeitam-se ao efeito devolutivo e interruptivo, tendo em vista que o provimento judicial será reapreciado na parte embargada, isto é, nas hipóteses estritamente previstas para os embargos. Interruptivo porque a sua interposição interrompe os prazos para outros recursos cabíveis, cuja contagem começará do início, finda a interrupção.¹²

No que se refere ao efeito interruptivo do presente recurso, importante salientar que independe do acolhimento dos Embargos, mas tão somente de sua interposição, exceto quando se tratar de recurso intempestivo, quando já houver decorrido o prazo para interposição de outros recursos eventualmente cabíveis. Entende-se, no entanto, que quando o prazo para outros recursos ainda estiver em curso, deve-se aplicar o efeito interruptivo ao Embargos, ainda que intempestivos, tendo em vista o prejuízo para a parte contrária.¹³

Em relação ao efeito suspensivo, conforme dicção do artigo 1.026 do CPC, não é cabível, ou pelo menos, automático, uma vez que o § 1º do dispositivo estabelece uma exceção na medida em que possibilita ao juiz ou relator a suspensão da eficácia da decisão, quando houver probabilidade de provimento do recurso ou houver risco de dano grave ou de difícil reparação.¹⁴

Como ressaltado anteriormente, os Embargos de Declaração não se prestam, *a priori*, a atacar o conteúdo e o fundamento da decisão, modificando-a, por meio de um novo julgamento. Diante disso, considera-se que este recurso não possui efeito infringente ou modificativo, embora esse entendimento não seja unânime entre os estudiosos da área.

Ainda que seja relacionado às hipóteses de cabimento taxativamente previstas no CPC, não há uma garantia de que o juiz ou relator ao julgar os Embargos, em

¹² TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração*: efeitos no CPC/15. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

¹³ FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

¹⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em 22 de abril de 2019.

caso de acolhimento da tese do embargante, não mudará substancialmente a decisão anteriormente prolatada, independentemente de ter havido erro no julgamento. Inclusive, o próprio CPC prevê essa possibilidade em seu artigo 1.023, § 2º.

No caso em que se discute o cabimento na hipótese de erro de julgamento ou quando não houver outro recurso apto a corrigir o erro grosseiro da decisão, aplicam-se os efeitos puramente infringentes dos Embargos, que são amplamente criticados por parte da doutrina, mas que apesar da divergência são plenamente cabíveis, em algumas situações.¹⁵

Outro ponto interessante diz respeito à boa-fé e lealdade processual na interposição dos Embargos de Declaração, uma vez que o diploma processual prevê a sanção de multa aos Embargos meramente protelatórios, procrastinatórios, interpostos no intuito de se impedir o regular andamento processual.

Essa disposição está contida no artigo 1.026, §§ 2º, 3º e 4º, nos quais se estabelece multa de até 2% sobre o valor da causa. Em caso de reincidência, aumenta-se para até 10%, devendo a parte sancionada fazer depósito prévio para interposição de novos recursos. Caso sejam protelatórios os dois Embargos anteriores, o terceiro será inadmitido.¹⁶

Outra questão fundamental no que respeita aos Embargos objeto deste estudo refere-se à discussão quanto ao prequestionamento e à imprescindibilidade de interposição dos Embargos Declaratórios como requisito de admissibilidade dos Recursos Especial e Extraordinário, tendo em vista que não consta tal disposição da Constituição.¹⁷

O prequestionamento surgiu na jurisprudência durante a vigência do CPC de 1973, por meio do qual passou a se exigir que a matéria objeto de RESP e RE fosse

¹⁵ TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração: efeitos no CPC/15*. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

¹⁶ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em 24 de abril de 2019.

¹⁷ FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

ampla e previamente debatida no acórdão recorrido, surgindo, dessa forma, várias súmulas a respeito deste requisito de admissibilidade.¹⁸

A questão que se coloca é que antes o prequestionamento não tinha previsão expressa, sendo seus contornos definidos pela jurisprudência. O CPC de 2015, no entanto, traz disposição expressa a respeito desse assunto, no artigo 1.025 que dispõe:

Art. 1.025. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.

Essa questão é importante tendo em vista que antes da regulamentação legal para a matéria, exigia-se que o debate expresso da questão fosse feito pelo juízo *a quo*, ou seja, admitia-se apenas o prequestionamento implícito, ao passo que o ficto era vedado, tendo em vista a disposição da Súmula nº 211 do STJ, cuja redação consta que é “Inadmissível Recurso Especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo.” O STF, por outro lado, admitia o prequestionamento ficto, excepcionalmente.¹⁹

De acordo com a disposição do CPC de 2015, contudo, passou-se a admitir o prequestionamento ficto, bastando a interposição dos Embargos, independentemente da decisão proferida pelo juízo *a quo*, devendo apenas se comprovar a existência de obscuridade, contradição, omissão e erro material no acórdão recorrido.

Embora a Súmula do STJ pretendia uma vedação ao prequestionamento ficto, entendeu no julgamento de uma caso concreto, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes que a Súmula ainda é válida, desde que seja interpretada levando-se em consideração disposição contida no Enunciado Administrativo nº 03 do tribunal que dispõe que os recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. Assim, tem-se que segundo os

¹⁸ BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e Prequestionamento*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-prequestionamento-28092017>>. Acessado em 28 de abril de 2019.

¹⁹ BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e Prequestionamento*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nos-tribunais/embargos-de-declaracao-e-prequestionamento-28092017>>. Acessado em 28 de abril de 2019.

parâmetros supracitados, há a possibilidade de interposição dos Embargos de Declaração prequestionadores.²⁰

Em suma, foram abordadas sucintamente questões importantes relativas ao recurso de Embargos de Declaração, tanta as previstas expressamente no CPC quanto às delineadas pela doutrina e jurisprudência, que são causa de divergências das mais variadas. Passemos agora à análise da fundamentação vinculada dos Embargos de Declaração e a possível tipicidade aberta do recurso.

3 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: RECURSO DE FUNDAMENTAÇÃO VINCULADA OU TIPICIDADE ABERTA?

A controvérsia em torno da possibilidade ou não de interposição de Embargos Declaratórios fora das hipóteses, taxativamente, previstas no artigo 1.022 do CPC deu ensejo ao presente artigo, na medida em que se procura analisar os limites de fundamentação impostos ao recurso e as lacunas existentes no ordenamento jurídico pátrio, diante de uma sociedade em constante evolução.

As divergências doutrinárias a respeito deste assunto não são atuais, no entanto, apesar da multiplicidade de debates, não se encontrou ainda uma solução para o impasse, embora o novo diploma processual tenha disciplinado os Embargos de Declaração com maior abrangência em relação ao CPC/1973.²¹

Ainda na vigência do CPC/73 já havia posicionamentos conflitantes quanto às hipóteses legais dos Embargos Declaratórios, discussões essas que acabaram resultando em modificações pontuais naquele sistema normativo, por meio da Lei nº 8.950/1994, ocasionando na supressão da dúvida como hipótese de cabimento, pois, segundo o entendimento dominante, a dúvida já estava abrangida nos casos de

²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1667087/RS*. Embargante: Oberdan Clasen. Embargado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Min.: Relator: Og Fernandes. Rio Grande do Sul, 23 de outubro de 2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766396&num_registro=201700852712&data=20181108&formato=PDF>. Acessado em: 28 de abril de 2019.

²¹ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em 24 de abril de 2019.

obscuridade e contradição e sendo um conceito dotado de subjetividade, não havia razão para ser previsto separadamente.²²

Não havia no Código anterior previsão expressa para que se pudessem corrigir erros materiais por meio de Embargos de Declaração, apesar de que tal medida já era, excepcionalmente, adotada na prática por juristas e doutrinadores, o que contribuiu para que essa nova modalidade fosse incluída no rol do artigo 1.022 do CPC/15.²³

Esse fato apresenta-se importante ao passo em que se pretende demonstrar o quão a legislação pode e deve evoluir, a fim de abarcar o máximo de situações possíveis, ou pelo menos deixar uma brecha para tal possibilidade, na medida em que esta solução se apresentar necessária.

Estabelecer limites rígidos para a fundamentação do recurso de Embargos de Declaração, sem levar em consideração situações que, apesar da imprevisibilidade, podem ocorrer e causar sérios prejuízos às partes, como, por exemplo, o erro de julgamento, é uma situação temerária, sobretudo diante da segurança requerida pelos jurisdicionados e inerente ao sistema normativo.

Evidentemente, que também em prol da segurança jurídica e razoável duração do processo não se pode conceber que qualquer situação seja objeto de Embargos de Declaração, sobretudo diante daqueles que possuem intuito meramente procrastinatório, que, aliás, possui vedação expressa no CPC, sendo sancionado aquele que agir dessa forma.²⁴

No entanto, deve-se ter cautela ao julgar os Embargos como recurso meramente protelatório, pois conforme assevera Teresa Arruda Alvim Wambier, em tom de crítica, há uma tendência dos órgãos jurisdicionais em se rejeitar os

²² FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

²³ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

²⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acessado em 24 de abril de 2019.

Embargos de Declaração discriminadamente sob a justificativa de estarem impedindo o bom andamento do feito.²⁵

Ao contrário, desde que se atende aos princípios da lealdade e boa-fé, os Embargos Declaratórios são imprescindíveis para o aperfeiçoamento do *decisum*, quando se mostrar equivocado em algum ponto, cabendo à parte suscitar a questão que pretende esclarecimentos por meio deste instituto.

A autora supracitada ressalta que os Embargos de Declaração possuem raízes constitucionais²⁶ e com base nessa afirmação pode-se sustentar a tese da possibilidade de ampliação das hipóteses de cabimento, tendo em vista que em busca de se preservar direitos fundamentais no caso concreto, deve-se atentar para o fato de que as lacunas normativas precisam ser supridas, com fundamentação principiológica e não apenas legal, no que se refere à lei em sentido estrito.

Embora o recurso seja reconhecido por grande parte da doutrina e jurisprudência como sendo de fundamentação vinculada, ou seja, cabível apenas nos casos de obscuridade, contradição, omissão e erro material, existem os defensores da fundamentação livre ou tipicidade aberta do recurso em análise.²⁷ Importante ressaltar, no entanto, que apesar de serem utilizadas muitas vezes como expressões sinônimas, ao se referir a um recurso como sendo de fundamentação livre, parece estar dotando-o de uma abrangência maior que a possível tipicidade aberta dos Embargos de Declaração.

Isto porque, não se pretende com o objeto de estudo deste trabalho argumentar que toda e qualquer questão será embargável por meio deste instrumento processual, mas suscitar uma reflexão a respeito do rigor oriundo da legislação e dos entendimentos que se tem adotado com base nela, nos quais, a despeito das lacunas existentes, não tem possibilitado os Embargos de Declaração em outras hipóteses necessárias e excepcionais.

²⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁶ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

²⁷ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

Conforme explicitado anteriormente, os efeitos puramente infringentes dos Embargos de Declaração são aqueles por meio dos quais se pretende rediscutir e alterar a substância do julgado e são alvo de constantes críticas e divergências, pois alguns doutrinadores e juristas os consideram inadmissíveis. No entanto, segundo ensinamento de Eduardo Talamini, existem casos extremos, de comprovada necessidade, nos quais os efeitos puramente infringentes são considerados indispensáveis.²⁸

A título de exemplo, o autor cita as decisões que não estão sujeitas a nenhum outro recurso além dos Embargos, que podem ser interpostos até mesmo contra decisões irrecorríveis. Para ele, quando essas decisões estão maculadas por erros graves ou grosseiros, são passíveis do recurso de Embargos de Declaração, com efeitos infringentes atípicos, ainda que os vícios ou defeitos no julgado não estejam relacionados com as hipóteses de cabimento legalmente previstas.²⁹

Isso demonstra que existem casos nos quais o sistema normativo não conseguirá apresentar soluções satisfatórias, havendo necessidade de se repensar a respeito da possível tipicidade aberta dos Embargos de Declaração, tendo em vista que o ordenamento jurídico brasileiro perpassa por um momento de incorporação de novos valores, com discussões acirradas a respeito do neoconstitucionalismo, não se concebendo mais a adoção de soluções estanques e imutáveis.

A fundamentação vinculada dos Embargos de Declaração, incontestavelmente, dificulta ou até mesmo inviabiliza a interposição dos Embargos em situações cuja necessidade seja evidente, não se podendo mais interpretar o ordenamento jurídico apenas com base em suas disposições literais, devendo-se analisar outros aspectos que permeiam o caso concreto.

O dilema em torno deste tema está relacionado às decisões judiciais que não possuem nenhum vício ou defeito em sua forma, nas hipóteses do artigo 1.022, mas em sua substância, tendo em vista que o acolhimento dos Embargos em caso de erro

²⁸ TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração*: efeitos no CPC/15. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

²⁹ TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração*: efeitos no CPC/15. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

judiciário, por exemplo, implicaria em novo julgamento, situação que, a princípio, não é do condão dos Embargos Declaratórios.³⁰

Os pronunciamentos judiciais são prolatados por juízes competentes e aptos para o julgamento da demanda, no entanto, não se pode esquecer que como seres humanos que são, estão sujeitos a cometer erros dos mais variados.

Na obra de Teresa Arruda Alvim Wambir, a autora menciona esse fato ressaltando que a falibilidade humana, diante da complexidade da sociedade atual torna os recursos ainda mais importantes, dentre os quais se inclui o recurso de Embargos de Declaração.³¹ Ademais, a amplitude do acesso à justiça apregoadado pela Constituição combinado com a intolerância crescente das pessoas e a falta de habilidade em resolver seus próprios conflitos, resultando na multiplicidade de processos judiciais, também elevam os recursos a um patamar mais elevado.

Assim, considerando a falibilidade a que todos estão sujeitos, temos que os erros nos provimentos judiciais podem ser classificados em *error in procedendo*, quando o juiz não se atenta ao correto procedimento adotado, prejudicando a condução e, conseqüentemente, o bom andamento do feito e *error in judicando*, quando comete um erro de fato e/ou de direito na valoração de aspectos essenciais do caso em concreto.³²

Em relação às decisões que não forem suficientemente fundamentadas, ou que gerarem alguma espécie de dúvida para as partes, entende-se que apenas aquelas nas quais houve erro de atividade, ou *error in procedendo*, podem ser embargáveis por meio de Embargos de Declaração, e apenas nas hipóteses restritas em que houver obscuridade, contradição, omissão e erro material.

No entanto, em caso comprovado de *error in judicando* deve o jurisdicionado ficar à mercê de uma decisão incorreta devido à falta de previsão legal para a hipótese, como impeditivo para interposição de Embargos Declaratórios? Evidente

³⁰ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

³¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

³² MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

que não, pois se se admitisse tal situação estariam sendo violados direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal.

A prestação jurisdicional precisa ser efetiva, sem qualquer espécie de mácula ou erro, ainda que sejam erros de julgamento, apenas. Teresa Arruda Alvim Wambier esclarece que “rigorosamente, devem ser vistos, os embargos de declaração, como uma contribuição das partes a que se dê real e plena aplicação ao princípio da inafastabilidade do controle judicial”.³³

A nova lei processual possui um viés cooperativo e integrador, inclusive, o artigo 1º do CPC dispõe que “o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”, além de reproduzir dispositivo da Constituição no artigo 3º no qual “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.”³⁴

Com isso, ressalta-se que a prestação jurisdicional só é finalizada após o julgamento da lide e a entrega do objeto da demanda a quem de direito, com trânsito em julgado, ou seja, não se pode dizer que a jurisdição foi prestada efetivamente quando o Estado-juiz prolata uma decisão injusta, errônea, na qual não se atentou devidamente aos aspectos fáticos e/ou de direito em discussão.

Quanto à possibilidade de se impugnar por meio de Embargos de Declaração decisões eivadas de erro material, portanto, *error in procedendo*, não restam dúvidas, tendo em vista a previsão legal. No entanto, é um contrassenso não se admitir a interposição deste mesmo recurso a fim de se corrigir eventuais erros de julgamento.

Isso porque, não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência associam o erro material ao erro de fato, muitas vezes até confundindo os institutos, razão pela qual

³³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 24.

³⁴ BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em 22 de abril de 2019.

não se justifica tratá-los de forma diferente quanto às formas de impugnação, quando o arcabouço jurídico os dota de semelhanças quase que indissociáveis.³⁵

A título de exemplificação para a situação supramencionada, cita-se o julgamento dos Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA, nos quais, apesar de se decidir, por maioria, pela inadequação dos Embargos Declaratórios para correção de erros de julgamento, percebe-se, claramente a divergência em se delimitar o que poderia ser considerado erro de julgamento.³⁶

O Ministro Celso de Mello defendeu ser inviável a interposição de Embargos Declaratórios para correção de erros de julgamento, sendo possível se valer deste instrumento apenas quando houver premissa equivocada, ocasionando em erro material ou erro de fato.

A discussão pautou, basicamente, em diferenciar premissa equivocada de erro de julgamento, sendo que, segundo o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, a diferença está delineada em critérios distintivos básicos, vejamos:

a distinção entre os dois institutos residiria na posição que cada um ocupa na prestação jurisdicional: enquanto a premissa equivocada refere-se a vícios na base, no suporte que fundamenta a decisão, o erro de julgamento é relativo a defeito na conclusão da controvérsia.³⁷

Com isso, percebe-se que, embora se tenha decidido pelo não acolhimento do recurso em análise, não há uma separação nítida entre erro material e erro de fato,

³⁵ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA*. Embargante: Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petroleiro do Estado da Bahia. Embargado: Sindicato das Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais, petroquímicas e de resinas sintéticas de Camaçari, Candeias e Dias D'Avila. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630144>. Acessado em 26 de abril de 2019.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA*. Embargante: Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petroleiro do Estado da Bahia. Embargado: Sindicato das Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais, petroquímicas e de resinas sintéticas de Camaçari, Candeias e Dias D'Avila. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadornpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630144>. Acessado em 26 de abril de 2019, p. 10.

nem mesmo pelo Supremo Tribunal Federal, o que faz com que a tese pela tipicidade aberta dos Embargos de Declaração ganhe destaque.

Além do mais, uma justificativa para o não acolhimento dos Embargos, reside no fato de que este recurso não se presta, *a priori*, a modificar o julgado ou a resultar em um novo julgamento, devendo a parte utilizar-se de outro recurso com este fim, pois os vícios previstos no artigo 1.022 não atingem o conteúdo da decisão. No entanto, essa afirmação nem sempre condiz com a realidade.³⁸

Se o provimento judicial está eivado de vícios em sua estrutura, como fundamenta o Ministro Gilmar Mendes, é evidente que o conteúdo decisório também poderá ser afetado pelos mesmos vícios, ainda que referente aos *errores in procedendo*.

Se um vício é perceptível, manifesto, característica essa dos erros materiais, ele pode ser impugnado por meio de Embargos Declaratórios, sobretudo tendo em vista que tal erro pode ser corrigido a qualquer tempo, de ofício ou a requerimento das partes, sendo que esta característica também é inerente ao erro de fato, conforme defende Nelson Nery Júnior.³⁹ Vejamos abaixo disposição do CPC em seu artigo 494 a respeito do tema:

Art. 494. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:

- para corrigir-lhe, de ofício ou a requerimento da parte, inexactidões materiais ou erros de cálculo;
- por meio de embargos de declaração.

Ora, se a notoriedade dos erros materiais, justifica sua correção, que razão assiste impossibilitar o recurso de Embargos quando os erros não são tão perceptíveis, mas possuem uma possibilidade ainda maior de trazer prejuízos às partes, algumas vezes até irreversíveis?

A importância de se fazer a integração e eventual correção estabelecida pelo Código é incontestável, mas também é inegável o caráter essencial de se fazer

³⁸ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

³⁹ NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

correções de erros de fato e/ou de direito, quando verificado que o juiz falhou em seu conteúdo decisório, fazendo um juízo de valor equivocado sobre a questão.

Há quem conteste veementemente o acolhimento dos Embargos de Declaração fora das hipóteses legais, mas observando-se a jurisprudência do STJ e STF verifica-se que há uma tendência, ainda que discreta, para que se ampliem as hipóteses de cabimento do recurso, tendo em vista que erros evidentes que não são necessariamente materiais, já têm sido esporadicamente admitidos.⁴⁰

Como exemplo, podemos citar além das hipóteses de erros graves para os quais não haja outro recurso previsto, citadas por Talamini⁴¹, os erros de fato ou premissa equivocada, tendo em vista a controvérsia existente entre os dois conceitos, conforme exposto acima.⁴² Além dessas hipóteses, também já houve acolhimento de Embargos de Declaração a fim de se corrigir erros de julgamento, conforme será demonstrado a seguir, em julgamento do STJ no qual restou evidente a teratologia.⁴³

O autor Sandro Gilbert Martins aponta para a necessidade de ampliação das hipóteses de cabimento dos Embargos de Declaração pautado no neoprocessualismo.⁴⁴ Essa ideia concatena com o que foi explicitado anteriormente, tendo em vista que neoconstitucionalismo e neoprocessualismo são conceitos que estão em voga ultimamente e devem, neste caso, ser analisados conjuntamente, tendo em vista a interpenetração entre eles.

⁴⁰ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração: efeitos no CPC/15*. Artigo. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC15>. Acessado em 26 de abril de 2019.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA. Embargante: Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petroleiro do Estado da Bahia. Embargado: Sindicato das Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais, petroquímicas e de resinas sintéticas de Camaçari, Candeias e Dias D'Ávila. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630144>. Acessado em 26 de abril de 2019.

⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 22.078 (2015/0240741-2). Impetrante: Técnica Projetos Ltda. Impetrado: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília/DF. 22 de setembro de 2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52573494&num_registro=201502407412&data=20151007&tipo=0&formato=PDF. Acessado em 26 de abril de 2019.

⁴⁴ MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA - OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

No momento histórico em que estamos vivendo, deve-se repensar o sistema normativo sob uma nova perspectiva, visto que novos valores estão sendo incorporados. O Código de Processo Civil de 2015 em relação ao anterior traz a ideia de ordenamento jurídico com maior amplitude, reconhecendo a crescente necessidade de cooperação entre todos os envolvidos no processo, direta ou indiretamente.

Não se concebe mais a justiça social e a isonomia, valores preceituados na Constituição com base em fórmulas escritas, sem que por trás haja um raciocínio sobre a real necessidade de se aplicar outras disposições para aquela situação específica. Dessa forma, dificilmente se alcançará a efetividade da jurisdição, e, conseqüentemente, direitos fundamentais serão atingidos em sua essência, fazendo com que a Constituição perca sua força como norma suprema que é.

Além do mais, o novo diploma processual trouxe uma forte base principiológica em seus comandos, além de incluir em seus artigos disposições referentes à necessidade de aplicação dos precedentes judiciais, tendo em vista seu caráter vinculante.

Além do mais, no que se refere à fundamentação das decisões judiciais, artigo 489, § 1º dispõe que:

Art. 489 [...]

§1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I. - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II. empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III. invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- IV. se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

- V. deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Embora as situações descritas acima sejam consideradas espécies de omissão pelo CPC, percebe-se, claramente a supervalorização que o novo Código concedeu aos precedentes e à jurisprudência, de forma que o sistema seja considerado uno, nos quais os parâmetros adotados no julgamento devem se basear no ordenamento e não mais na lei em sentido estrito. Além disso, ao estabelecer condições para que a decisão seja considerada fundamentada, procura-se minimizar o grau de subjetividade do juiz nos seus pronunciamentos.

Assim, percebe-se que os problemas na fundamentação das decisões judiciais não se resumem à obscuridade, contradição, omissão e erros materiais, sendo verificável em outros casos. Ademais, devido a simplificação no procedimento e ao prazo para interposição dos Embargos Declaratórios serem menores em relação a outros recursos, conclui-se que este instrumento contribui para a efetividade e celeridade do judiciário, ao passo em que se evitariam recursos mais complexos e onerosos, garantindo os direitos das partes à correção do erro e à razoável duração do processo.

4 ERRO DE JULGAMENTO NA ANÁLISE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UM ESTUDO DE CASO

No intuito de corroborar o entendimento traçado no capítulo anterior, no que se refere à possibilidade de interposição de Embargos Declaratórios para outras hipóteses além das previstas no artigo 1.022 do CPC, far-se-á uma análise de um caso concreto julgado recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se dos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Mandado de Segurança nº 22.078 (2015/0240741-2), por meio dos quais a Corte Especial do STJ reconheceu que no caso levado à apreciação restava evidente a ocorrência de erro de julgamento, decidindo, assim, pelo acolhimento dos Embargos de Declaração, com efeitos infringentes, apesar de não constar essa hipótese de cabimento no diploma processual vigente.

Os Embargos foram acolhidos pela Corte Especial em 14 de março de 2019, em decisão tomada por maioria, a partir do voto divergente do ministro Luís Felipe Salomão para modificar a decisão anterior prolatada e conceder a segurança, tendo em vista que vários ministros reconheceram a existência de erro de julgamento na decisão monocrática do Ministro relator Herman Benjamin, que extinguiu o Mandado de Segurança sem adentrar no mérito.

No caso em tela, a impetrante pleiteava a imissão na posse de um imóvel arrematado em ação trabalhista em 1995, mas que ainda não havia conseguido se imitir na posse do bem, tendo em vista que havia outras ações pendentes de julgamento, tendo por objeto o mesmo imóvel arrematado pela impetrante.

Tendo em vista que foram suscitados conflitos de competência em relação aos outros processos que tramitavam na vara cível, foi determinada a suspensão da execução trabalhista, o que impediu a impetrante de exercer o seu direito de imitir-se na posse do bem.

Assim, decidiu pela impetração do *writ*, pois o prazo estabelecido pelo CPC/73 era de apenas 1 (um) ano para suspensão da execução e a impetrante entendeu estar sendo violado um direito líquido e certo, tendo em vista que após vários anos ainda não havia se empossado do bem em questão.⁴⁵

Segundo entendimento do Ministro relator Herman Benjamin, que extinguiu o MS sem resolução do mérito, não estavam presentes os requisitos de admissibilidade para julgamento do mérito, pois o MS estava a impugnar decisão judicial, devendo, portanto, terem sido comprovadas a teratologia ou flagrante abusividade, devido ao seu caráter excepcional.

Com isso, acabou possibilitando a flexibilização do prazo de 1 (um) ano previsto para suspensão da execução trabalhista, pois, segundo o relator, essa solução era exigida diante das especificidades do caso em concreto.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 22.078 (2015/0240741-2)*. Impetrante: Técnica Projetos Ltda. Impetrado: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília/DF. 22 de setembro de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=52573494&num_registro=201502407412&data=20151007&tipo=0&formato=PDF>. Acessado em: 26 de abril de 2019.

A impetrante interpôs Embargos de Declaração, sob a alegação de que essa suspensão da execução trabalhista era inviável, por não respeitar o prazo previsto no Código, trazendo uma indeterminação que é contrária à segurança jurídica, além de ter desrespeitado também a coisa julgada, fato que, segundo a impetrante, consubstancia-se na teratologia exigida. No entanto, os embargos não foram acolhidos.

Apesar da decisão do relator, prevaleceu no julgamento o voto do Ministro Salomão, divergente daquele, no qual ele considerou injusta a decisão de suspender, indefinidamente, a imissão na posse do bem pela parte até o julgamento de todas as outras ações, inclusive a de usucapião que ainda estava na fase de instrução.

Além do mais, considerou que ao decidir dessa forma, o colegiado estaria invadindo a competência do juízo trabalhista, ao negar execução a uma decisão perfeita e acabada.

Não havia, segundo ele, qualquer justificativa para prorrogar o prazo previsto na legislação para suspensão da execução, sobretudo diante da necessidade da razoável duração do processo e a fim de se evitar outros problemas sociais, devendo ser garantida, de imediato, a imissão na posse da fração de terra não discutida em ação de usucapião.

Outros ministros seguiram o mesmo entendimento do Ministro Salomão, a exemplo do Ministro João Otávio de Noronha. Ele asseverou que a decisão prolatada anteriormente foi infeliz e errada, e que não se poderia conceber que uma decisão equivocada prevalecesse, diante da incumbência do STJ de garantidor da legislação infraconstitucional, devendo reconhecer seus erros e modificar as decisões, ainda que excepcionalmente.

No mesmo sentido, o voto do Ministro Og Fernandes, esclarecendo que a decisão foi além do que deveria, ou seja, errou-se pelo excesso. A ministra Nancy Andrighi ressaltou que está em xeque não apenas o direto pleiteado, mas, sobretudo, a credibilidade do Poder Judiciário.

Assim, o julgamento do caso concreto pelo STJ, com o voto divergente do Ministro Salomão, seguido de outros ministros, resultou no acolhimento dos

Embargos de Declaração, a fim de se conceder a segurança à arrematante. Pautando-se, também, no princípio da primazia do julgamento de mérito, apregoado pelo novo CPC, entendeu que se deveria evitar, na medida do possível, decisões que não adentrem no mérito da questão.

Embora o julgamento tenha sido por maioria, inegável que este fato constitui um marco importante no que se refere à possibilidade de interposição de Embargos Declaratórios na hipótese de erros de julgamento, a despeito da falta de previsão legal, sempre levando em consideração as particularidades do caso concreto, o que traz embasamento para justificar a excepcionalidade desta medida, quando restar necessária.

Apesar da posição dominante da jurisprudência ser no sentido de exigir que o recurso esteja delimitado apenas aos vícios e defeitos constantes no ordenamento jurídico pátrio, a exceção permitida neste caso específico demonstra que o sistema normativo não é fechado em si mesmo, e nem poderia sê-lo, uma vez que não há como o legislador prever todas as situações que precisariam de uma regulamentação pré-determinada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo a respeito de um tema tão controvertido e polêmico quanto os Embargos de Declaração representa uma necessidade e ao mesmo tempo um desafio, na medida em que não obstante o consenso quanto ao seu caráter essencial para o sistema normativo, não existem muitos escritos a respeito da matéria.

Diante da escassa bibliografia, aumenta-se a responsabilidade para apresentar argumentos válidos e propostas eficazes na tentativa de solucionar a problemática que ora se apresenta. Partindo dessa premissa, foram analisados previamente os aspectos mais importantes do recurso, previstos na legislação processual vigente, abordando-se as mudanças fundamentais em relação ao CPC/73. Além disso, foi feito um paralelo entre algumas das características que são alvo de discussões e controvérsias entre os doutrinadores, apresentando-se as justificativas para se adotar um ou outro posicionamento.

Apesar de todas as divergências quanto ao recurso de Embargos de Declaração em si, o presente artigo fundamentou-se basicamente em uma delas, qual seja: a tipicidade aberta dos Embargos de Declaração e a possibilidade de acolhimento dos Embargos para correção de erros de julgamento, isto é, erros de fato ou de direito, quando se verificar no caso concreto que o juiz fez um juízo de valor equivocado no que se refere a aspectos essenciais do julgamento, que afetou substancialmente o *decisum*.

A problemática a respeito do tema está na classificação doutrinária que coloca os Embargos de Declaração como um recurso de fundamentação vinculada, apenas baseando-se no texto da lei, cuja disposição, contida no artigo 1.022 do CPC de 2015 admite a sua interposição para sanar vícios referentes a obscuridades, contradições, omissões e erros materiais. No entanto, o Código ao apresentar essas hipóteses de cabimento, não veda outras possibilidades de acolhimento do recurso de Embargos.

A lei existe para ser interpretada, devendo-se analisar não apenas as disposições contidas expressamente, mas a real intenção do legislador na formulação de determinadas regras jurídicas. Em pleno século XXI, diante da crescente complexidade social e multiplicidade de demandas perante o judiciário é impossível estabelecer uma regra jurídica positivada que abarque todas as situações possíveis, tendo em vista que a imprevisibilidade é inerente à qualidade de pessoa.

O processo civil em sua feição atual está voltado para causas sociais e valorativas com maior contundência que o diploma processual anterior, tendo em vista que se aborda aspectos do neoprocessualismo e neoconstitucionalismo, cuja interpenetração de ambos os conceitos pressupõe a efetividade na realização de direitos fundamentais consagrado na Constituição, dentre os quais o direito de recorrer, consubstanciado no princípio da inafastabilidade da jurisdição, além da razoável duração do processo.

Os empecilhos que se colocam aos de Embargos de Declaração, que muitas vezes são considerados inapropriadamente protelatórios, causa certo temor até mesmo entre os operadores do Direito, diante da situação temerária na interposição deste instituto. Questiona-se, inclusive, se o motivo para tais obstáculos seriam

relacionados ao sentimento que o julgador tem em relação a este recurso, na medida em que ao se requerer o esclarecimento ou correção de determinado erro, o julgador pode se sentir desconfortável ao reconhecer que se equivocou no seu conteúdo decisório.

No entanto, não configuram os Embargos de Declaração uma crítica ao provimento jurisdicional, mas um aperfeiçoamento, sobretudo diante do caráter cooperativo e integrador da nova sistemática processual, que implica dizer que todos os sujeitos do processo devem igualmente contribuir para o melhor deslinde da questão.

A jurisprudência já tem reconhecido a possibilidade de interposição de embargos de Declaração em situações específicas, em caso de erros grosseiros, teratológicos, em que houver comprovado erro de julgamento. Apesar da divergência, pois são geralmente decisões tomadas por maioria, este fato representa um avanço no que se refere à ampliação das hipóteses de cabimento.

Inclusive, parece que se está fazendo o mesmo percurso de momento anterior da história, tendo em vista que foi praticamente da mesma forma que ocorreu com os erros materiais, até serem incluídos no CPC/15, o que nos leva a crer que futuramente o erro de julgamento também fará parte do rol do artigo correspondente.

Sendo assim, a conclusão a que se chega é que a tipicidade aberta dos Embargos de Declaração é plenamente possível e até necessária diante das situações que almejam soluções simples e rápidas, diante da complexidade inerente à sociedade e aos próprios atos processuais, principalmente no que se refere a erros tão grave como os erros judiciários.

Não se pretende com a presente pesquisa encerrar o debate em torno do tema, mas ao contrário, objetiva-se ampliar as discussões e suscitar novas reflexões no que se refere aos Embargos de Declaração como instrumento hábil a sanar outros erros, não abarcados pelo artigo 1.022 do CPC, fazendo com que se enriqueçam as fundamentações favoráveis no meio acadêmico, tendo em vista a pouca bibliografia a respeito do tema.

Contudo, sabe-se que é da diversidade que se apresentam as melhores soluções para problemas dos mais variados, por isso não se pretende diluir os argumentos contrários a respeito dessa questão, até porque impossível fazê-lo. No entanto, é fundamental reconhecer que o Direito existe para satisfazer anseios sociais, abarcando a coletividade como um todo, não se admitindo que soluções estanques e extremas comprometam a supremacia da Constituição na medida em que se inviabiliza o efetivo cumprimento de direitos fundamentais.

Assim, a melhor alternativa é o bom senso, não o senso comum do jurisdicionado, mas o órgão jurisdicional deve reconhecer a possibilidade de interposição de Embargos de Declaração para corrigir erros de fato ou de direito, uma vez que julgados em prejuízo da parte. A lei regulamenta algumas das hipóteses possíveis, não excluindo outras possibilidades eventualmente cabíveis, não podendo o julgador decidir com base unicamente no texto legal, sem adentrar nas circunstâncias do caso concreto, afinal, como diz a máxima: “um excesso na aplicação do direito pode resultar em grande injustiça”.

REFERÊNCIAS

BECKER, Rodrigo; PEIXOTO, Marco Aurélio. *Embargos de Declaração e Prequestionamento*. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-cpc-nostribunais/embargos-de-declaracao-e-pre-questionamento-28092017>>. Acessado em 28 de abril de 2019.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil*. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm>. Acessado em 22 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1667087/RS*. Embargante: Oberdan Clasen. Embargado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA. Min.: Relator: Og Fernandes. Rio Grande do Sul, 23 de outubro de 2018. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1766396&num_registro=201700852712&data=20181108&form_ato=PDF>. Acessado em: 28 de abril de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Mandado de Segurança nº 22.078 (2015/0240741-2)*. Impetrante: Técnica Projetos Ltda. Impetrado: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Herman Benjamin. Brasília/DF, 22 de setembro de 2015. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?>

componente=MON&sequencial= 52573494&num_registro= 201502 407412 &data= 20151007 &tipo=0& formato= PDF>. Acessado em: 26 de abril de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Embargos de Divergência nos Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário 194662/BA*. Embargante: Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petroleiro do Estado da Bahia. Embargado: Sindicato das Indústrias de Produtos Químicos para fins industriais, petroquímicas e de resinas sintéticas de Camaçari, Candeias e Dias D'Avila. Relator: Min. Dias Tóffoli. Brasília, 14 de maio de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630144>. Acessado em 26 de abril de 2019.

FERNANDES, Luís Eduardo Simardi. *Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERNANDEZ, Mônica Tonetto. *Dos embargos de declaração*. In: Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo. São Paulo: Procuradoria do Estado. Disponível em: < <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista5/5rev11.htm>>. Acessado em 26 de abril de 2019.

LIMA, Rômulo de Castro Souza. *A natureza jurídica dicotômica dos embargos declaratórios*. In:

Revista Gênesis de Direito do Trabalho. Curitiba: Gênesis, v.20. Disponível em: <<http://www.revista.justitia.com.br/artigos/8c1243.pdf>>. Acessado em 22 de abril de 2019.

MARTINS, Sandro Gilbert. *Código novo, discussão velha, novas conclusões*. In: Revista Jurídica ESA-OAB/PR. Disponível em: http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2018/05/revista_esa_6_5.pdf. Acessado em 22 de abril de 2019.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Teoria geral dos recursos*. 7ª edição. Editora Revista dos Tribunais, 2014.

TALAMINI, Eduardo. *Embargos de declaração: efeitos no CPC/15*. Artigo. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI236300,61044-Embargos+de+declaracao+efeitos+no+CPC+15>> . Acessado em 26 de abril de 2019.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Omissão judicial e embargos de declaração*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

O PODER REVISIONAL SOBRE AS DECISÕES DOS TRIBUNAIS DE CONTAS: UMA REFLEXÃO SOBRE A INEFICIÊNCIA DO SISTEMA JURÍDICO NOS ASSUNTOS AFETOS AO CONTROLE

THE REVIEW POWER ON THE DECISIONS OF THE COURTS OF AUDITORS: A REFLECTION ON THE INEFFICIENCY OF THE LEGAL SYSTEM IN MATTERS AFFECTING THE CONTROL

Amanda Helena da Silva

RESUMO

As decisões dos tribunais de contas estão sujeitas ao poder revisional do Poder Judiciário, considerando que a Constituição Federal sujeita à sua jurisdição qualquer lesão ou ameaça a direito. A reversibilidade das decisões administrativas exige uma reflexão sobre a integridade do sistema jurídico brasileiro, pautada na garantia da independência dos poderes, mas sem comprometimento da harmonia entre si. O trabalho visa discutir a aplicabilidade do sistema de precedentes no âmbito dos tribunais de contas, para o aperfeiçoamento da jurisdição, garantia da segurança jurídica e busca da eficiência.

Palavras-chave: Tribunais de Contas – poder revisional – sistema jurídico

ABSTRACT

The decisions from Courts of Accounts are submitted to the revision power from the Judiciary, considering that the Federal Constitution submits to its own jurisdiction any threat or lesion of the law. The reversibility of administrative decisions demands a reflection about the integrity from Brazilian juridical system, based on the guarantee of the independence of powers, without compromising their harmony. This paper intends to discuss the applicability of the precedents system in the field of Courts of Accounts, in order to perfect the jurisdiction, as a guarantee of legal certainty and search of efficiency.

Keywords: Courts of Accounts - revision power - legal system.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário detém a exclusividade da função jurisdicional, em sentido estrito. Entre as matérias sujeitas à sua apreciação, estão temas afetos ao Direito Público, especificamente aos Tribunais de Contas, órgãos de controle externo.

As decisões dos Tribunais de Contas inegavelmente impactam direitos individuais de agentes públicos e inclusive terceiros, como o particular que contrata com a Administração. A extensão do poder sancionador conferido aos Tribunais de Contas exige uma reflexão sobre a observância de garantias individuais – processuais – no âmbito de seus processos.

Dentre os preceitos processuais, trazidos pelo Código de Processo Civil está, sem dúvida a segurança jurídica, que busca alcançar por meio de um evidente propósito de fortalecimento do sistema de precedentes, também em benefício da celeridade processual.

O presente estudo visa refletir sobre como aperfeiçoar o sistema de precedentes de modo a englobar todo o sistema jurídico, inclusive a “jurisdição” exercida pelos Tribunais de Contas, a fim de evitar decisões conflitantes que gerem não apenas prejuízo para as pessoas físicas ou jurídicas sujeitas ao Controle, mas para o Estado, como unidade.

Na medida em que os Tribunais de Contas se afastam do entendimento do Poder Judiciário sobre matérias típicas de Direito, como prescrição e decadência, mas também temas relacionados a processos de contas, aposentadoria e provimento de cargos públicos, existe um grande risco de diminuição da eficiência do Estado e comprometimento de recursos públicos pela existência de processos judiciais que visam desconstituir decisões administrativas dissonantes da jurisprudência dos tribunais superiores.

A reflexão é necessária, pois a prática tem demonstrado diversos casos práticos que têm sido levados ao Judiciário e tem sido revertidos com base no poder revisional.

2 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES – INDEPENDÊNCIA E HARMONIA

O Estado Brasileiro é organizado e estruturado juridicamente por meio da Constituição, pelo poder constituinte, em três diferentes poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário.¹

A separação de “poderes” é, na realidade, somente uma repartição de funções estatais, que visa segmentar cada parcela específica de uma determinada atividade inerente do Estado (função legislativa, função executiva e função jurisdicional),² uma vez que o “poder” é uno.³

O exercício do poder estatal por meio da separação em diferentes funções é uma forma de evitar a concentração de poder nas mãos de um soberano⁴– Estado absolutista –, que tem por consequência propiciar maior eficiência à máquina pública, por meio de uma divisão das atividades preponderantes de cada órgão estatal, e controle democrático do exercício do poder.⁵

A função legislativa, como atividade típica, “cria e modifica o ordenamento jurídico, mediante a edição de normas gerais, abstratas e inovadoras; a função jurisdicional se destina à conservação e à tutela do ordenamento jurídico”,⁶ e a

¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

² LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 113, p. 307-326, jan./mar. 1992. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175975>>. Acesso em 30.04.2019, às 14h.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

⁴ A separação de poderes foi associada por Montesquieu ao conceito de liberdade, tendo sido acolhida na revolução francesa por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, carta de princípios anexada à constituição francesa, dispõe em seu art. 16º que “qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”.

⁵ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII. Disponível em <<https://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em 30.04.19, às 14h30.

⁶ PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Revista de Informação Legislativa Brasília · ano 43 · nº 169, janeiro/março 2006, subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 27.

função executiva se concretiza “quando o Estado realiza os seus objetivos, nos limites impostos pelas normas jurídicas”.⁷

A função jurisdicional, pertence ao Poder Judiciário, que vela pela “prevalência da norma de direito, atuando nos casos de ameaça ou efetiva violação ou quando a lei o determinar, ainda que não haja violação”.⁸

É importante ressaltar que os poderes não exercem apenas suas funções típicas. O Executivo e o Judiciário possuem competências administrativas normativas, de igual modo, existem funções jurisdicionais em órgãos da administração do Executivo e do Legislativo, e funções administrativas exercidas inclusive pelo Poder Judiciário, cuja autonomia administrativa e financeira foi constitucionalmente assegurada.⁹

A Constituição Federal estabelece que esses três Poderes são independentes e harmônicos entre si, consagrando, assim, um sistema de constante colaboração e controle mútuo.

O sistema, na lição de Norberto Bobbio, é “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”.¹⁰ Ainda segundo o autor, “para que se possa falar de uma ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas também num relacionamento de coerência entre si”.¹¹

A ordem constitucional para um sistema harmônico e, portanto, coerente entre os Poderes é um dos aspectos basilares da questão que se pretende discutir, considerando a função jurisdicional do Poder Judiciário e, também, a função do

⁷ PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Revista de Informação Legislativa Brasília · ano 43 · nº 169, janeiro/março 2006, subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 27.

⁸ GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: Os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, p. 52. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br>> Acesso em 30.4.2019, às 14h.

⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 99. Ao Poder Judiciário é assegurada autonomia administrativa e financeira.

¹⁰ BOBBIO, Norberto B663t Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 71.

¹¹ BOBBIO, Norberto B663t Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 71.

Tribunal de Contas nos assuntos de sua competência, especialmente o julgamento de contas e o exercício do poder sancionatório.

A coerência entre a atuação dos órgãos de Controle e do Poder Judiciário coopera para a estabilidade das relações jurídicas e eficiência no exercício da função jurisdicional, com garantia da segurança jurídica.

3 A FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS E NATUREZA JURÍDICA DE SUAS DECISÕES

O Tribunal de Contas de União – TCU é um órgão independente¹² que atua como órgão auxiliar do Congresso Nacional no exercício do controle externo, que segundo Meirelles,¹³ “é o que se realiza por órgão estranho à Administração responsável pelo ato controlado e visa a comprovar a probidade da Administração e a regularidade da guarda e do emprego dos bens, valores e dinheiros públicos, bem como a fiel execução do orçamento”.

No exercício do controle externo,¹⁴ o art. 70 da Constituição Federal estabelece que compete ao Congresso Nacional e ao TCU a “fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas”.¹⁵

¹² Jarbas Maranhão afirma que “o Tribunal de Contas é um órgão independente, em relação aos três Poderes, mas de relevante contribuição, auxiliando-os no desempenho de suas atividades de governo, ou em suas específicas atribuições constitucionais e legais. [...] O Tribunal é órgão que, funcionalmente, auxilia os três Poderes, porém, sem subordinação hierárquica ou administrativa a quaisquer deles. O contrário seria confundir e negar a sua natureza e destinação de órgão autônomo. [...] São os Tribunais de Contas, assim, órgãos situados entre os Poderes e de cooperação funcional com eles, impondo-se, todavia, que mantenham independência como órgão e função”. In MARANHÃO, Jarbas. Tribunal de Contas. Natureza jurídica e posição entre os poderes. Revista de Informação Legislativa. a. 27, n. 106, p. 99-102, abr./jun. 1990, p. 90:

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207-208, p. 577 e 608.

¹⁴ Estão sujeitos ao controle externo todos os atos administrativos praticados nas três esferas de governo e atos de gestão de bens e valores públicos. In LIMA, Luiz Henrique, 1960- Controle externo [recurso eletrônico]: teoria, jurisprudência e mais de 500 questões. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Recurso digital.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de

A função fiscalizatória do TCU não abrange a análise do mérito dos atos administrativos, pois a discricionariedade consiste exatamente na liberdade do gestor decidir sobre a conveniência e oportunidade, e determinar a melhor solução para as situações em concreto.¹⁶

Cabe ao TCU, portanto, examinar a legitimidade¹⁷ e economicidade¹⁸ dos atos de gestão. E, com base no art. 71 da Constituição Federal,¹⁹ julgar as contas responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, e daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público.

As fiscalizações e auditorias realizadas pelo TCU são atos típicos da função administrativa, noutro giro, os julgamentos de contas (como as contas anuais) são considerados atos *assemelhados* à função jurisdicional,²⁰ em sentido material.

A doutrina majoritária entende que as atribuições do Tribunal de Contas não podem ser caracterizadas como jurisdicional, tratando-se de um órgão técnico com funções integralmente administrativas. Nesse sentido, José Afonso da Silva afirma que:

receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. P. 1122.

¹⁷ Mais que mera compatibilidade do ato com a legislação, mas a sua correção segundo os princípios fundamentais e as circunstâncias existentes. A compatibilização do ato administrativo com os demais princípios é o que boa parte da doutrina denomina princípio da juridicidade. Cita-se, nesse sentido, Germana de Oliveira Moraes: "a noção de legalidade reduz-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, com as regras - normas em sentido estrito. A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe - não contrarie - os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição". MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*, 1ª ed., São Paulo: Dialética, 1999, p. 24.

¹⁸ Segundo Marçal Justen Filho, a economicidade seria "a utilização mais satisfatória e eficiente dos recursos públicos, com o menor dispêndio possível para a realização dos fins buscados. In JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 1122.

¹⁹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: [...] II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público

²⁰ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2573/2018 – Plenário. TC nº 015.720/2018-7. Relator: Bruno Dantas. Data da Sessão: 7/11/2018.

O Tribunal de Contas é um órgão técnico, não jurisdicional. Julgar contas ou da legalidade dos atos, para registros, é manifestamente atribuição de caráter técnico [...]. É, portanto, um controle de natureza política, no Brasil, mas sujeito à prévia apreciação técnico-administrativa do Tribunal de Contas competente, que, assim, se apresenta como órgão técnico, e suas decisões são administrativas, não jurisdicionais.

21

Outra parte da doutrina, como Seabra Fagundes, afirma que o Tribunal de Contas exerce função jurisdicional em razão “do sentido definitivo da manifestação da Corte, pois se a irregularidade das contas pudesse dar lugar a nova apreciação (pelo Judiciário), o seu pronunciamento resultaria em mero e inútil formalismo”.²²

Cabe mencionar ensinamento de Hely Lopes Meirelles sobre a distinção entre jurisdição e jurisdição judicial,

Não se confunda jurisdicional com judicial. Jurisdição é atividade de dizer o direito, e tanto diz o direito o Poder Judiciário como o Executivo e até mesmo o Legislativo, quando interpretam e aplicam a lei. Todos os Poderes e órgãos exercem jurisdição, mas somente o Poder Judiciário tem o monopólio da jurisdição judicial, isto é, de dizer o direito com força de coisa julgada. É por isso que a jurisdição do Tribunal de Contas é meramente administrativa, estando suas decisões sujeitas a correção pelo Poder Judiciário quando lesivas de direito individual (MEIRELLES, 2000, p. 702).²³

Ainda que o Poder Judiciário seja o único titular da jurisdição, em termos *strictu sensu*, e o Tribunal de Contas seja um órgão não-jurisdicional, pode-se entender que as decisões administrativas no julgamento de contas – que não pode ser delegado e cujo resultado não se sujeita a revisão automática por outros órgãos –, possuem uma natureza *sui generis*, pois em sentido *latu sensu*, estão amparadas na própria Constituição Federal.²⁴

²¹ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 112.

²² FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 139.

²³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 702.

²⁴ GREGÓRIO, Carlos Eduardo Rôllo. A natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas da União / Carlos Eduardo Rôllo Gregório. – Brasília, 2012.

3.1 O ativismo do Tribunais de Contas: ampliação de sua “jurisdição”

Esse tópico trata de um tema ainda não aprofundado pela doutrina, mas que ganha relevância quando se observa a evolução da jurisprudência no Tribunal de Contas, no sentido de ampliar os limites de sua competência.

Nos processos em que são julgadas as contas de administradores, também integram o processo o terceiro eventualmente envolvido no caso analisado em concreto, como, por exemplo, uma empresa vencedora de procedimento licitatório em que foi verificada irregularidade pelo Tribunal.

Durante muito tempo, o entendimento da maior parte da doutrina de Direito Administrativo e, inclusive do próprio TCU, foi de que se no decorrer do processo de tomada de contas especial²⁵ for verificado que o dano ao erário foi causado exclusivamente por particular, o processo deverá ser encerrado e serão adotadas as providências necessárias para resguardar o erário – como uma ação de cobrança.

O entendimento de que sem o conluio entre o particular e um servidor da Administração Direta ou Indireta, ou qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos, a instauração de tomada de contas especial estaria dispensada, foi consolidado pela Súmula 187 do TCU. *In verbis*:

Sem prejuízo da adoção, pelas autoridades ou pelos órgãos competentes, nas instâncias, próprias e distintas, das medidas administrativas, civis e penais cabíveis, dispensa-se, a juízo do Tribunal de Contas, a tomada de contas especial, quando houver dano ou prejuízo financeiro ou patrimonial, causado por pessoa estranha ao serviço público e sem conluio com servidor da Administração Direta ou Indireta e de Fundação instituída ou mantida pelo Poder Público, e, ainda, de qualquer outra entidade que gerencie recursos públicos,

²⁵ O art. 7º da Lei nº 8.443/1992, Lei Orgânica do TCU, dispõe que as contas dos administradores e responsáveis sujeitos à jurisdição do TCU – elencados no art. 5º do mesmo diploma – serão anualmente submetidas a julgamento do Tribunal, sob forma de tomada ou prestação de contas, organizadas de acordo com normas estabelecidas em instrução normativa – aplicando-se, portanto, a Instrução Normativa nº 71/2012, do TCU. A tomada de contas especial instaurada em caso de (i) omissão no dever de prestar contas, (ii) não comprovação da aplicação dos recursos repassados pela União, (iii) ocorrência de desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos, (iv) ou prática de qualquer ato ilegal, ilegítimo ou antieconômico de que resulte dano ao Erário. A tomada de contas especial tem como finalidade, de acordo com o seu conceito normativo, a identificação dos responsáveis pela ocorrência de prejuízo ao erário e a obtenção do respectivo ressarcimento. [JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **Tomada de Contas Especial**: processo e procedimento na Administração Pública e nos tribunais de contas. 6. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015.]

independentemente de sua natureza jurídica ou do nível quantitativo de participação no capital social.²⁶

Atualmente, contudo, há decisões reiteradas do TCU no sentido de flexibilizar o paradigma da Súmula nº 187 e permitir a instauração de tomada de contas especial para alcançar o agente privado isoladamente, sem a participação de agente público na irregularidade apurada.

Nesse sentido, cita-se o voto condutor do Acórdão nº 8744/2016, proferido pela 2ª Câmara do TCU:

[...] 11. O encaminhamento no sentido de o Tribunal imputar o débito diretamente à empresa contratada, ausente a solidariedade com os gestores públicos, foi por mim trazido à baila, na **Sessão Plenária de 5/12/2012**, quando o TCU proferiu o Acórdão 3.350/2012-Plenário (TC 012.905/2005-0).

12. O fato foi lembrado pelo Ministro Benjamin Zymler em manifestação oral quando da discussão do TC 008.719/2003-1 (Sessão Plenária de 11 de novembro de 2015 - relatoria do Ministro Bruno Dantas), verbis: “...em razão da jurisprudência firmada pelo Ministro Raimundo Carreiro, quanto à possibilidade de condenar a empresa isoladamente...”.

13. Assim, a jurisprudência restou pacificada a partir de votos de minha autoria e que vieram a ser confirmados no Acórdão nº 946/2013 – Plenário no sentido de ser possível o julgamento da empresa e a imputação do débito diretamente, sem solidariedade

14. No âmbito do TC 012.905/2005-0, discutindo a possibilidade da condenação em débito de empresa contratada, sem que houvesse solidariedade com agentes públicos, na Sessão Plenária de 8/11/2012, o Ministro Presidente suscitou, inclusive, a possibilidade de ser necessário instaurar incidente de inconstitucionalidade de dispositivo da Lei Orgânica do Tribunal. Por essa razão, retirei o processo de pauta para que a matéria pudesse ser melhor avaliada.

15. Na Sessão Plenária de 28/11/2012, o ilustre Presidente concluiu por não ser necessário a instauração do referido incidente, conforme a Comunicação transcrita a seguir.

[...]

16. Também o Ministro Walton Alencar Rodrigues, ainda na Sessão Plenária de 5/12/2012, apresentou declaração de voto concordando com a imputação de débito a terceiros sem a necessidade de solidariedade, **verbis**:

[...]

²⁶ Tribunal de Contas da União. Súmula nº 187. Data da sessão 26/10/1982. Relator Octávio Gallotti.

17. Esses casos passaram a fazer parte do rol de situações que ensejam o julgamento de contas dos envolvidos nas irregularidades, com imputação de débito, mesmo sem a responsabilização solidária de agentes públicos, condição que, anteriormente, justificava o afastamento da jurisdição da Corte de Contas.

18. Nesse passo, o Tribunal seguiu essa linha de entendimento, quando da prolação do Acórdão nº 946/2013-TCU-Plenário (Relator: Ministro Benjamin Zymler). [...]

Há outros julgados no mesmo sentido, como os Acórdãos do Plenário nº 3350/2012, nº 2.360/2017, nº 1.160/2016, e da Segunda Câmara Acórdão nº 8.017/2016-2, demonstrando que o TCU tem seguido uma corrente que visa ampliar a sua jurisdição.

Outro exemplo disso é a inaplicação reiterada de uma previsão contida em instrução normativa da própria Corte, em que a instauração de tomada de contas especial é dispensada é quando do transcurso do prazo de dez anos entre a data do ato irregular e a citação do responsável.²⁷

A jurisprudência atual do TCU tem afastado a aplicação da previsão normativa de dispensa de tomada de contas especial pelo transcurso do prazo de dez anos, exigindo a comprovação, no caso concreto, do efetivo “prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório”. Eis alguns dos acórdãos paradigmáticos sobre o tema:

Enunciado

O art. 6º, inciso II, da IN-TCU 71/2012 não tem aplicação automática em face do simples transcurso do prazo de dez anos entre a ocorrência do dano e a citação, devendo ser verificado, no caso concreto, se houve efetivo prejuízo à racionalidade administrativa, à economia processual, à ampla defesa ou ao contraditório.²⁸

Enunciado

²⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Instrução Normativa nº 71, de 28 de novembro de 2012. Dispõe sobre a instauração, organização e o encaminhamento ao Tribunal de Contas da União dos processos de tomada de contas especial. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 dez. 2012. Art. 6º Salvo determinação em contrário do Tribunal de Contas da União, fica dispensada a instauração da tomada de contas especial, nas seguintes hipóteses: [...] II - houver transcorrido prazo superior a dez anos entre a data provável de ocorrência do dano e a primeira notificação dos responsáveis pela autoridade administrativa competente;

²⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 006.225/2012-8. Acórdão nº 461/2017– 1ª Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Esse é o enunciado de outros acórdãos paradigma do TCU, como: Acórdão nº 2850/2016 – Plenário, relator: Min. Vital do Rêgo; e Acórdão nº 3898/2016 – 1ª Câmara, relator: Bruno Dantas.

O mero transcurso do prazo de dez anos entre a data do ato irregular e a citação não é razão suficiente para o arquivamento da tomada de contas especial, sem exame de mérito. É preciso que, além disso, fique demonstrado efetivo prejuízo à ampla defesa.²⁹

O prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, por sua vez, deve ser comprovado pelo responsável “com a indicação do obstáculo ou dificuldade concreta que implicou em prejuízo à defesa, não sendo suficiente a mera alegação”, segundo a jurisprudência – defensiva – da Corte.³⁰

A relativização do prazo normativo para a instauração da tomada de contas especial e a interpretação de normas com o intuito de alcançar ilimitadamente o gestor e o particular, expõem demasiadamente o confronto entre segurança jurídica e interesse público, cabendo uma reflexão sobre até que ponto a ampliação da jurisdição do Controle atende aos interesses da coletividade e representa, em sua essência, a guarda do patrimônio público.

4 AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS – INCIDÊNCIA NO JULGAMENTO DE CONTAS

É cediça a existência da independência das esferas judicial, penal, civil e jurisdicional de contas.³¹ Considerando o escopo do presente estudo, a análise desse tema cingir-se-á somente à incidência desses princípios no âmbito dos processos de contas.

No julgamento das contas dos administradores, o Tribunal de Contas é o órgão exclusivamente competente para a apreciação da matéria, nos termos dos arts. 70 e 71 da Constituição Federal e do art. 1º, inc. I, da Lei 8.443, de 16 de julho de 1992 – Lei Orgânica do TCU.³²

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 028.501/2008-4. Acórdão nº 44/2016– 2ª Câmara. Relator: Ministro Augusto Nardes.

³⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC 034.905/2015-4. Acórdão nº 1304/2018– 1ª Câmara. Relator: Ministro Bruno Dantas.

³¹ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 174.

³² BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 jul. 1992. Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta Lei: I - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das

Nesse contexto, ao analisar os limites dessa jurisdição preceituada na Constituição Federal, Athos Gusmão Carneiro esclareceu que “quando ‘julga’ as contas ‘dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos’, tal julgamento impõe-se ao Poder Judiciário no que concerne ao aspecto contábil, sobre a regularidade da própria conta”.³³ No mesmo sentido, afirma Eduardo Gualazzi:

É mister realçar-se, porém, que as decisões do Tribunal de Contas [...] não admitem revisão exclusivamente no tocante às competências constitucionais e legais, privativas, do Tribunal de Contas, ou seja, em matérias de fato e/ou jurídicas cuja apuração objetiva remanesça reservada ao Tribunal de Contas.

³⁴

A doutrina ensina que não cabe ao Poder Judiciário proferir decisão substitutiva, porquanto a Constituição Federal atribuiu exclusivamente ao TCU a competência para o julgamento de contas.

As decisões do Tribunal de Contas não são, portanto, suscetíveis a modificação irrestrita pelo Poder Judiciário, sob pena de desvirtuar sua jurisdição para uma atuação nos moldes de um órgão revisional administrativo. A possibilidade de revisão de decisões administrativas, pelo Judiciário existe, mas dentro da esfera de análise de aspectos formais, ilegalidade ou arbitrariedade, que serão mais bem delineados no tópico adiante.

4.1 Os limites do Poder revisional

O art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal³⁵ assegura a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte dano ao Erário;

³³ CARNEIRO, Athos Gusmão. “Jurisdição e Competência” – Ed. Saraiva – 1989 – p. 14.

³⁴ GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, “Regime Jurídico dos Tribunais de Contas”, Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 200.

³⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Efeito dessa garantia constitucional é a possibilidade de revisão judicial de decisões administrativa, quaisquer que sejam a sua natureza ou origem, como afirma Hely Lopes Meirelles:

Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que a Justiça diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.³⁶

O poder de revisão não é absoluto. A jurisprudência e a doutrina defendem que a revisão judicial de atos administrativos atinge somente casos de ilegalidade material ou processual, não cabendo ao Judiciário o reexame de mérito do ato administrativo, como ensina o mesmo autor:

A Justiça só anula atos ilegais, não podendo revogar atos inconvenientes ou inoportunos, mas formal e substancialmente legítimos, porque isto é atribuição exclusiva da Administração. [...] Certo é que o Judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica da Justiça Comum, e por isso mesmo poderá ser exercida em relação a qualquer ato do Poder Público, ainda que praticado no uso da faculdade discricionária, ou com fundamento político, ou mesmo no recesso das câmaras legislativas como seus *interna corporis*.³⁷

A jurisprudência dos tribunais superiores também é unânime nesse sentido, cabendo citar os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ e do Supremo Tribunal Federal – STF:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PRESTAÇÃO DE CONTAS CONTRA EX-PREFEITO. CONVÊNIO ENTRE ESTADO E MUNICÍPIO. CARÊNCIA DA AÇÃO. COMPETÊNCIA. TRIBUNAL DE CONTAS.

I - É pacífica a jurisprudência desta colenda Corte, no sentido de que compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, ex vi do artigo 71, c/c o artigo 75, ambos da CF/88.

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207-208.

³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208

II - Recurso especial improvido.³⁸

Destaque-se, ainda, que os Tribunais de Contas, assim como toda a Administração, têm o dever de seguirem as normas acerca do devido processo legal e suas decisões têm natureza administrativa, sendo possível, em regra geral, o controle jurisdicional sobre tais decisões. Porém, não se pode ignorar a força executiva, em razão de texto constitucional expreso (art. 71, §3º), das decisões emanadas pelo Tribunal de Contas da União que imputem “débito ou multa”. Essa estatutura constitucional, portanto, afasta as decisões daquele órgão da qualidade de um ato meramente administrativo, **enrijecendo os limites da incursão do Poder Judiciário no mérito administrativo a qual deve se restringir a situações em que se constate flagrante teratologia ou por falhas formais insanáveis com prejuízo demonstrado.**³⁹

O chamado mérito administrativo consubstancia-se na “valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”,⁴⁰ aspecto relacionado somente ao exercício do poder discricionário.

Um dos aspectos mais sensíveis nos processos de contas é o potencial comprometimento do direito constitucionalmente garantido ao devido processo legal,⁴¹ considerando especialmente as especificidades do processo de tomada de contas especial,⁴² que podem comprometer aquilo que no processo civil se

³⁸ Superior Tribunal de Justiça. REsp 200.347/RO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/04/2003, DJ 23/06/2003, p. 243.

No mesmo sentido: “PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO MUNICÍPIO. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO POR PAGAMENTO INDEVIDO. - Não há como reconhecer a ilegitimidade de resolução do Tribunal de Contas para imputação de débito por pagamento realizado a maior pelo Presidente da Câmara de Vereadores aos seus pares, sem prévio exame da resolução, sobre a qual se fundaram os atos praticados pelo recorrente, bem como sua legitimidade e adequação dos fatos ao seu conteúdo. - O Poder Judiciário não detem competência para rever as decisões do Tribunal de Contas dos Municípios, no que diz respeito ao exame de contas, não competindo a esta Corte analisar a motivação da imputação do débito. - Recurso improvido. [Superior Tribunal de Justiça. RMS 12.487/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2001, DJ 01/10/2001, p. 162]

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Ação Cível Originária n. 2.068/RS. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 28 de maio de 2015.

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴² As características processuais dos procedimentos instaurados no âmbito do TCU, e a ausência de alguns instrumentos de defesa previstos no CPC, como a prova testemunhal e a pouca aplicação da prova pericial.

denomina princípio da igualdade⁴³ – tais questões não serão aprofundadas neste estudo por não serem relevantes à análise da problemática.

A afronta ao devido processo legal é uma situação que torna a decisão do Tribunal de Consta passível revisão judicial, pois:

Desde longa data a doutrina é abundante e uniforme no sentido de afirmar que o princípio da revisibilidade das decisões administrativas decorre, necessariamente, da garantia do devido processo legal. Decisão única, irrecorrível e inquestionável, não atende aos objetivos almejados pela Constituição ao consagrar a garantia do devido processo legal.⁴⁴

Aspectos já abordados em tópicos anteriores também permitem a revisão da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, como no caso do prazo para a instauração da tomada de contas especial, em que há uma divergência entre o entendimento do TCU e do STJ sobre o tema.

O recente posicionamento do STJ, no REsp 1.480.350-RS, adotou o prazo quinquenal para a instauração da tomada de contas especial, enquanto o TCU adota, em tese, o prazo decenal, desde que o responsável demonstre o prejuízo efetivo ao contraditório – negando a aplicação de sua própria instrução normativa – IN/TCU nº 71/2012.

A decisão do STJ se baseou em uma aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910, de 06 de janeiro de 1932,⁴⁵ que regula a prescrição quinquenal, e do art. 1º da Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999,⁴⁶ que estabelece o prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal. Veja-se:

⁴³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Art. 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

⁴⁴ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 285.

⁴⁵ BRASIL. Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932. Regula a prescrição quinquenal. **Diário Art. 1º** As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

⁴⁶ BRASIL. LEI No 9.873, DE 23 DE NOVEMBRO DE 1999. Estabelece prazo de prescrição para o exercício de ação punitiva pela Administração Pública Federal, direta e indireta, e dá outras providências. Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. VIOLAÇÃO A INSTRUÇÃO NORMATIVA. EXAME INCABÍVEL EM SEDE DE APELO ESPECIAL. ARTS. 31 E 57 DA LEI 8.443/92, 471 DO CPC, 884 DO CC, 26, VI, E 27, § 1º, DA LEI 9.784/99. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TESE DE PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA OU FALHA NA PRESTAÇÃO DE CONTAS. IMPUTAÇÃO DO DÉBITO E APLICAÇÃO DE SANÇÃO. NÃO CONFIGURAÇÃO DE HIPÓTESE DE IMPRESCRITIBILIDADE. LACUNA LEGISLATIVA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO POR ANALOGIA. APLICAÇÃO DO PRAZO QUINQUENAL. DECURSO. OCORRÊNCIA.

[...]

4. As “ações de ressarcimento” são imprescritíveis, conforme dispõe expressamente o texto constitucional, o que tem sido observado e reiterado nos julgamentos desta Corte, seja em sede de ação de improbidade com pedido de ressarcimento, seja em ação com o fim exclusivo de ressarcir o erário. **No entanto, os autos não versam sobre o exercício do direito de ação, ou seja, de pedir ressarcimento perante o Poder Judiciário. Ao contrário, tratam da imputação de débito e aplicação de multa promovida pelo Tribunal de Contas da União, no exercício do seu poder/dever de velar pelas contas públicas, mediante atuação administrativa, oportunidade em que não há falar em exercício do direito de ação e, consequentemente, em imprescritibilidade.**

5. Eventual desvio de verbas ou qualquer outra ilegalidade que importe prejuízo ao erário poderá ser objeto de ação de ressarcimento, perante o Poder Judiciário, a qualquer tempo, eis que imprescritível, hipótese em que o ônus da prova do efetivo prejuízo e da responsabilidade do seu causador incumbe a quem pleiteia o ressarcimento.

6. Na tomada de contas especial, diversamente, o ônus da prova incumbe ao responsável pela aplicação dos recursos repassados, que se torna o responsável pelo débito e multa por mera presunção de prejuízo ao erário se ausente ou falha a prestação de contas. Nessas circunstâncias, a atuação administrativa deve encontrar limites temporais, sob pena de sujeitar os responsáveis pela aplicação de repasses de verbas federais a provarem, eles, a qualquer tempo, mesmo que decorridas décadas, a adequada aplicação dos recursos que um dia geriram, em flagrante ofensa a princípios basilares do Estado de Direito, como a segurança jurídica e ampla defesa.

7. Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão

da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99. Em hipótese similar à presente, porquanto ausente prazo decadencial específico no que concerne ao exercício do poder de polícia pela Administração, antes do advento da Lei 9.873/99, a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.105.442/RJ (Rel Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 22/2/2011), sob o rito do art. 543-C do CPC, assentou ser ele de 5 anos, valendo-se da aplicação analógica do art. 1º do Decreto 20.910/32. [...].⁴⁷

A Segunda Turma do STJ também já decidiu fundamentada no precedente paradigmático supra:

ADMINISTRATIVO. PREFEITO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. TCU. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. PRECEDENTE DA SEGUNDA TURMA: RESP N. 1.480.350/RS. PRECEDENTE DA PRIMEIRA TURMA: RESP N. 1.129.206/PR.

I - Ação originária visando à anulação do procedimento administrativo instaurado no TCU contra o autor que, enquanto Prefeito do Município de Pedra/PE, teria superfaturado obras de construção de escolas municipais, culminando na condenação ao ressarcimento de parte da quantia recebida em virtude do Convênio n. 5.328/96, e multa.

II - Prescrição quinquenal reconhecida, considerando que a vigência do referido Convênio data de 1997, e a Tomada de Contas foi instaurada pelo TCU somente em 2005.

III - Os autos não versam sobre ação de ressarcimento para o fim de se estabelecer sobre a imprescritibilidade nos termos constitucionais respectivos.

IV - "Em virtude da lacuna legislativa, pois não há previsão legal de prazo para a atuação do Tribunal de Contas da União, deve ser-lhe aplicado o prazo quinquenal, por analogia aos arts. 1º do Decreto 20.910/32 e 1º da Lei 9.873/99" (REsp n. 1.480.350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 5/4/2016, DJe 12/4/2016).

V - Precedente análogo da Primeira Turma, sob o enfoque da Lei n. 9.874/99.

VI- Recurso especial improvido.⁴⁸

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1480350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 12 abr. 2016. Grifos não constam do original.

⁴⁸ STJ. REsp 1464480/PE, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 23/06/2017. Grifos não constam do original.

O efeito prático da atual dissonância entre o prazo adotado pelo TCU e pelo STJ, no tocante à decadência da tomada de contas especial, é a possibilidade do Poder Judiciário anular decisões proferidas pelo TCU em processos nos quais tenham transcorrido mais de cinco anos entre a ocorrência dos fatos e a instauração da tomada de contas especial.⁴⁹

Ainda que se questione a força vinculante do julgamento do REsp 1.480.350/RS, pela Primeira Turma, a possibilidade de outras decisões do Colegiado adotarem o entendimento ali firmado, como no caso do REsp 1.464.480/PE, da Segunda Turma do STJ, pode ser um indicativo da necessidade de uma releitura do prazo fixado na IN/TCU nº 71/2012, uma vez só assim se garantirá efetivamente o devido processo legal substantivo.

Ainda mais latente é a divergência acerca da prescrição da pretensão punitiva pelo Tribunal de Contas. No âmbito do Poder Judiciário é consolidado o entendimento de que incide sobre a imposição de penalidade em tomada de contas especial o prazo prescricional de cinco anos. Há vários precedentes do STJ nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. DANO AO ERÁRIO. RESSARCIMENTO. IMPRESCRITIBILIDADE. MULTA. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. [...] **Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.** Precedentes: REsp 1.480.350/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 5/4/2016, DJe 12/4/2016 e REsp 894.539/PI, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/8/2009, DJe 27/8/2009.⁵⁰

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32. [...] 3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa ao cânone da razoabilidade, critério norteador do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade. 4. Outrossim, as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas,

⁴⁹ Já existem decisões do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e inclusive do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, baseadas no REsp 1.480.350-RS, como

⁵⁰ STJ. AgInt no REsp 1592001/RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/12/2017.

quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu. [...]”⁵¹

2. Diferente solução se aplica ao prazo prescricional para a instauração da Tomada de Contas no que diz respeito à aplicação da multa prevista nos arts. 57 e 58 da Lei 8.443/1992. Em relação à imposição da penalidade, incide, em regra, o prazo quinquenal.⁵²

Mesmo assim, a jurisprudência⁵³ majoritária do TCU contraria o entendimento consolidado no âmbito do Poder Judiciário, adotando o prazo prescricional de dez anos,⁵⁴ com fundamento no art. 205 do Código Civil.

Outro caso prático, citado em artigo acadêmico de Jaques Fernando Reolon,⁵⁵ diz respeito a provimento derivado de cargos públicos. O TCU proferiu decisões declarando ilegal o deferimento de ingresso em cargo de nível médio de candidato aprovado em concurso de nível auxiliar, por ofensa ao art. 37, inc. II, da Constituição Federal.⁵⁶ Contudo, situações similares haviam sido reiteradamente examinadas pelo STF, que entendeu pela decadência do direito de o TCU anular tais atos.⁵⁷

Segundo o autor, Jaques Fernando Reolon, “tendo em vista os inúmeros precedentes que tratavam do mesmo caso, a decisão do TCU poderia perfeitamente

⁵¹ STJ. AgRg no Ag 1069662/SP, Relator Ministro Luiz Fux; Data do Julgamento: 1/6/2010.

⁵² STJ. REsp 894.539/PI, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 27/08/2009.

⁵³ Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1441/2016-Plenário. Relator: Min. Walton Alencar Rodrigues; Acórdão 12880/2018-Primeira Câmara, Relator: Min. Augusto Sherman, entre outros.

⁵⁴ É importante destacar um indicativo de possível alinhamento com o entendimento do Judiciário, seguindo o acórdão nº 1.314/2013, do Plenário, em que o relator, Ministro Benjamin Zymler afirma que “o prazo prescricional para que o TCU aplique aos responsáveis as sanções previstas em lei devem mesmo ser o de cinco anos”, em harmonia com tese então firmada pelo STJ.

⁵⁵ REOLON, Jaques Fernando. Aplicabilidade do Código de Processo Civil nos Tribunais de Contas e a Eficiência Administrativa. 2019. Dissertação (Mestrado em Mestrado Profissional em Administração Pública) - Instituto Brasileiro de Direito Público, p. 46.

⁵⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁵⁷ BRASIL. STF. MS 26.353. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília, DF, 17 set. 2007. Diário de Justiça [da] República Federativa do Brasil, 06 mar. 2008; BRASIL. STF. MS no 26.923. Relator: Min. ???. BRASIL. STF. MS no 26.404. DJe; BRASIL. STF. MS no 26.353, MS no 26.406. Relator: Min. Joaquim Barbosa, Brasília, DF, 01 de julho de 2008. Diário de Justiça eletrônico, no 241, 19 dez. 2008. Alguns números fazem referência a utros temas no site do STF

seguir os precedentes do STF, a quem cabe a última decisão”,⁵⁸ evitando assim a judicialização de questões já pacificadas no judiciário, em razão na inobservância pela esfera administrativa.

Em se tratando de matéria de direito, como a prescrição e decadência, por certo, as decisões que adotarem o prazo decenal para a extinção da punibilidade, ante o reconhecimento da prescrição punitiva, estarão sujeitas à revisão pelo Poder Judiciário, na contramão da eficiência que espera de todo o sistema jurisdicional estatal.

5 A APLICABILIDADE DO SISTEMA DE PRECEDENTES AOS TRIBUNAIS DE CONTAS NA BUSCA DA INTEGRIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

A Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, Código de Processo Civil, dispõe em seu art. 15 que “na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”.⁵⁹

A possibilidade da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil aos processos de contas, fiscalização e auditoria, também está prevista no art. 298 do Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, no que couber naquilo que for compatível com a sua lei orgânica.⁶⁰

O Código de Processo Civil traz, em diversas frentes, uma tendência ao fortalecimento do sistema de precedentes, com destaque para os arts. 489, §1º, ⁶¹ 926

⁵⁸ REOLON, Jaques Fernando. Aplicabilidade do Código de Processo Civil nos Tribunais de Contas e a Eficiência Administrativa. 2019. Dissertação (Mestrado Profissional em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 46.

⁵⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial [da] União, de 17 mar. 2015. Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

⁶⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Resolução nº 246, de 30 de novembro de 2011. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº 155, de 4 de dezembro de 2002. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 dez. 2011. Art. 298. Aplicam-se subsidiariamente no Tribunal as disposições das normas processuais em vigor, no que couber e desde que compatíveis com a Lei Orgânica.

⁶¹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...] §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se

⁶² e 927,⁶³ buscando “uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”.

Como já mencionado, a independências das instâncias administrativa e judicial não permite, em uma primeira análise, uma vinculação irrestrita de qualquer decisão do Poder Judiciário.

A prática tem, contudo, demonstrado a necessidade de se promover um alinhamento entre o entendimento dessas duas esferas, especialmente no âmbito dos tribunais de contas em que os julgamentos podem resultar em sanções severas aos jurisdicionados, judiciais no âmbito administrativo é uma medida que representa, em última análise, pode partir de uma interpretação sistêmica do art. 1.040, inc. IV, do Código de Processo Civil, que trata da publicação dos acórdãos de recursos extraordinário e especial repetitivos.

O dispositivo estabelece que

Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: [...] IV - se os recursos versarem sobre questão relativa a prestação de serviço público objeto de concessão, permissão ou autorização, o resultado do julgamento será comunicado ao órgão, ao ente ou à agência reguladora competente para fiscalização da efetiva aplicação, por parte dos entes sujeitos a regulação, da tese adotada

A providência de dar ciência ao órgão, ao ente ou à agência reguladora sobre a decisão relacionada a sua área de atuação e competência indica que a intenção da lei em garantir a observância do precedente, dando-lhe, assim, uma eficácia ampla.

Tal medida contempla exatamente o que se pretende no art. 2º da Constituição Federal, pois, em que pese a independência dos poderes Legislativo,

ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁶² BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

⁶³ ⁶³ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II - os enunciados de súmula vinculante; III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Executivo e Judiciário, há também uma necessidade de atuação harmônica e coerente.

Nesse sentido, é possível aprimorar com base nos instrumentos previstos no Código de Processo Civil, como, por exemplo, estender aos tribunais de contas a sujeição às decisões mencionadas no art. 927, que dispõe:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

Importa ressaltar que o Código de Processo Civil visou também ampliar a discussão em torno dos precedentes tidos como vinculantes, estabelecendo que a “alteração de tese jurídica adotada em enunciado de súmula ou em julgamento de casos repetitivos poderá ser precedida de audiências públicas e da participação de pessoas, órgãos ou entidades que possam contribuir para a rediscussão da tese”, nos termos do art. 927, §2º.

Nos casos relacionados a matérias afetas ao Direito Público e sujeitas ao Controle, poderia o Tribunal de Contas atuar de modo cooperativo, agregando informações, argumentos e promovendo um aprimoramento de um sistema de precedentes que poderá nortear a atuação de todos os órgãos, entes e jurisdicionados, sejam pessoa jurídica ou física.

Nota-se que não se trata de um engessamento das decisões dos Tribunais de Contas, até porque o próprio Código de Processo Civil previu a possibilidade de alteração dos precedentes, como visto, mas de um aprimoramento de todo o sistema jurídico, a fim de se evitar decisões conflitantes que gerem insegurança jurídica e ineficiência da máquina pública, com o dispêndio de recursos em processos que

sequer deveriam ser iniciados – caso a Administração e os Tribunais de Contas observassem os precedentes judiciais.

Deve-se ponderar outro fator que agrava a insegurança jurídica. Conforme já mencionado, o Tribunal de Contas é responsável pelo julgamento das contas dos responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos das unidades dos poderes da União e das entidades da administração indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo poder público federal.

A sujeição dos agentes públicos ao Tribunal de Contas, em um primeiro momento, faz com que as decisões da Administração sejam pautadas na jurisprudência do Controle, por um motivo simples: os atos praticados pelos agentes serão julgados pelo TCU, logo, existe um grande receio de responsabilização e, conseqüentemente, penalização ao adotar postura divergente do entendimento dos Tribunais de Contas, ainda que pautada na jurisprudência do Poder Judiciário.

É um outro elemento que coopera para um aumento da judicialização de questões relacionadas à jurisdição do Tribunal de Contas, como contratos oriundos de procedimentos licitatórios, sanções aplicadas no âmbito de contratos administrativos, processos administrativos de responsabilidade, tomada de contas especial e outros temas.

Em um contexto de notória incapacidade do Poder Judiciário tutelar de maneira eficaz todos os direitos individuais e coletivos, notoriamente quando existe uma judicialização da política, torna-se imperioso desenvolver instrumentos para conter o acúmulo de processos que poderiam ser evitados por meio de uma uniformização da jurisdição estatal em seu sentido mais amplo, buscando a eficiência e primando pela segurança jurídica.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto B663t Teoria do ordenamento jurídico / Norberto Bobbio; apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior, trad. Maria Celeste C. J. Santos; rev. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 6ª ed., 1995, p. 71.

CARNEIRO, Athos Gusmão. “Jurisdição e Competência” – Ed. Saraiva – 1989 – p. 14.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 139.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 285.

FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. p. 1122.

GARCIA, Emerson. Princípio da Separação dos Poderes: Os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais. De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público de Minas Gerais, p. 52. Disponível em <<https://www.mpmg.mp.br>> Acesso em 30.4.2019, às 14h.

GREGÓRIO, Carlos Eduardo Rôllo. A natureza jurídica das decisões do Tribunal de Contas da União / Carlos Eduardo Rôllo Gregório. – Brasília, 2012.

GUALAZZI, Eduardo Lobo Botelho, "Regime Jurídico dos Tribunais de Contas", Editora Revista dos Tribunais, 1992, p. 200.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 174.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16ª ed. São Paulo: Dialética, 2014. P. 1122.

LAUBÉ, Vitor Rolf. Considerações acerca da conformação constitucional do Tribunal de Contas. Revista de informação legislativa, v. 29, n. 113, p. 307-326, jan./mar. 1992. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175975>>. Acesso em 30.04.2019, às 14h.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. A teoria da separação de poderes e a divisão das funções autônomas no Estado contemporâneo — o Tribunal de Contas como integrante de um poder autônomo de fiscalização. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, abril | maio | junho 2009 | v. 71 — n. 2 — ano XXVII. Disponível em <<https://www.tce.mg.gov.br>>. Acesso em 30.04.19, às 14h30.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 702.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207-208, p. 577 e 608.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 207-208.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 208

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 32ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 168.

PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Revista de Informação Legislativa Brasília · ano 43 · nº 169, janeiro/março 2006, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 27.

PELICIONI, Angela Cristina. A atualidade da reflexão sobre a separação dos poderes. Revista de Informação Legislativa Brasília · ano 43 · nº 169, janeiro/março 2006, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, p. 27.

REOLON, Jaques Fernando. Aplicabilidade do Código de Processo Civil nos Tribunais de Contas e a Eficiência Administrativa. 2019. Dissertação (Mestrado em Mestrado Profissional em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 46.

REOLON, Jaques Fernando. Aplicabilidade do Código de Processo Civil nos Tribunais de Contas e a Eficiência Administrativa. 2019. Dissertação (Mestrado em Mestrado Profissional em Administração Pública) - Instituto Brasiliense de Direito Público, p. 46.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 16 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 112

A POSSIBILIDADE DE FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL FEDERAL ESTABELECIDO PELA LEI Nº

10.259/04

THE POSSIBILITY OF FRAGMENTATION OF FEDERAL PROCEDURAL LAW ESTABLISHED BY LAW Nº. 10.259/04

Ricardo Afonso Branco Ramos Pinto¹

RESUMO

Este artigo analisa se a Lei nº 10.259/04, ao vedar o incidente de uniformização de jurisprudência para sanar controvérsias de natureza processual, teria introduzido, no ordenamento jurídico brasileiro, a possibilidade de fragmentação da aplicação do direito processual estabelecido nas Leis dos Juizados Especiais, em violação ao princípio da unidade do direito federal. Para o desenvolvimento deste trabalho, adotou-se pesquisa doutrinária, legal e jurisprudencial acerca do tema, bem como uma análise hermenêutica da questão. Introduce-se a problemática com breve resumo sobre a criação dos Juizados Especiais; após, discorre-se sobre a estrutura recursal dos juizados especiais federais; por fim, analisa-se os impactos desta estrutura recursal na interpretação e aplicação uniforme do direito federal processual.

Palavras-Chave: Juizados. Jurisprudência. Uniformização.

ABSTRACT

This essay analyses the implications of the lack of appeals against the decisions of the Federal Small Claims Courts of Appeals on the uniform application of federal law in Brazil, specially concerning the federal rules of proceedings applicable in their jurisdictions. The subject has been approached through doctrinal and legal research, court case reviews and hermeneutic analysis. First, a briefing on the history of the creation of the Small Claims Courts is presented; then, the appeals proceedings on the Federal Small Claims Courts are analyzed; finally, the

¹ Bacharel em direito, advogado, aluno do curso de pós-graduação lato sensu em Direito e Prática Processual nos Tribunais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB/ICPD. E-mail: r.afonsoadv@gmail.com.

implications of such proceedings on the uniform application of federal law is analyzed and criticized.

1 BREVE HISTÓRICO SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS

Muitos juristas, à época, comemoraram a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, pois acreditava-se que iria concretizar o ideal do acesso à justiça. Entretanto, os formalismos nele estabelecidos – decorrentes do ideal iluminista e criados com o objetivo de proteger as partes do arbítrio do julgador – transformaram o processo, na percepção de diversos doutrinadores, num instrumento limitado, incapaz de fazer frente aos seus objetivos sociais e jurídicos. A situação agravou-se ao longo da década de 1970, com o aumento exponencial das demandas jurídicas².

Assim, iniciou-se, no Rio Grande do Sul, um movimento de jurisconsultos que viam na conciliação um instrumento eficaz de redução de conflitos submetidos ao Judiciário. Desta iniciativa, foram criados os Conselhos de Conciliação e Arbitramento, no Rio Grande do Sul – entidades que não tinham existência legal ou função judicante – e ao mesmo tempo, em São Paulo, foram implantadas Juntas Informais de Conciliação, experiências que foram bem recebidas pela população³.

Diante do sucesso destas experiências, o governo federal reuniu uma comissão de juristas notáveis – dentre os quais Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Cândido Rangel Dinamarco – para criar um anteprojeto de lei que introduzisse, no Direito brasileiro, um novo modelo de órgão jurisdicional. A comissão, pautada em exemplos internacionais, decidiu por focar na criação de um Juizado de Pequenas Causas, tendo por princípio a valorização da conciliação. O resultado deste projeto foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1983 e deu origem à Lei 7.244/84, diploma legal que estabelecia o Juizado de Pequenas Causas para o julgamento de causas que não superassem o valor de 20 (vinte) salários-

² ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

³ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

mínimo, pautado na informalidade, celeridade e oralidade, e com grande ênfase na conciliação⁴.

Após a criação da Lei, vários Juizados de Pequenas Causas foram estabelecidos nos Estados e, diante do seu sucesso, foram previstos, na Constituição de 1988, dois modelos distintos: um juizado de pequenas causas, já existente, para o julgamento das causas de menor valor econômico (art. 24, inciso X da Constituição Federal de 1988) e outro, de causas cíveis e criminais, que cuidaria das ações de menor complexidade e das infrações de menor potencial ofensivo (art. 98, inciso I da Constituição Federal de 1988). Não obstante a distinção constitucional, o legislador ordinário optou por unificar os dois sistemas e, em 1995, foi promulgada a Lei 9.099/95, com um único veto do então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, a qual revogou a Lei 7.244/84 e estabeleceu a pedra fundamental do atual sistema dos Juizados Especiais⁵.

O sucesso da iniciativa levou à criação de modelos semelhantes na Justiça do Trabalho (Lei nº 9.957/2000), na Justiça Federal (Lei nº 10.259/01) e nos juízos fazendários dos Estados, municípios e do Distrito Federal (Lei nº 12.153/09)⁶. A instalação dos Juizados Federais, em particular, chegou a ser recepcionada como a mais expressiva reforma jurídica até então realizada⁷.

2 ESTRUTURA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS

A Lei nº 10.259/01 estabelece que, à exceção das decisões que apreciam pedidos cautelares ou antecipatórios de tutela, somente caberá recurso da sentença⁸, quer seja os embargos de declaração, quer seja o denominado recurso inominado, cujos requisitos de admissibilidade e efeitos estão delineados nos arts. 41 e 48 da Lei

⁴ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁵ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁶ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

⁷ MENDES, Gilmer Ferreira. **Os Juizados Especiais Federais**: um divisor de águas na história da justiça federal. Revista CEJ. Brasília, Ano XV, pp 08-14, jul. 2011.

⁸ ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos Juizados Especiais**: análise sob a ótica civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

nº 9.099/95, em razão da aplicação subsidiária desta Lei aos Juizados Federais, conforme o art. 1º da Lei nº 10.259/01.

Quanto ao recurso contra decisões que apreciam antecipação de tutela ou providências cautelares, a lei não especifica qual seria o recurso cabível, mas a maioria das Turmas Recursais vem admitindo a interposição de agravo de instrumento, no prazo e forma estabelecidos no Código de Processo Civil⁹. Entretanto, a doutrina aponta a existência de várias divergências jurisprudenciais a respeito deste recurso: algumas turmas recursais (como as de São Paulo e do Distrito Federal) entendem pelo cabimento do recurso apenas nas hipóteses em que há deferimento de medida cautelar ou antecipação de tutela, enquanto outras, como as do Rio de Janeiro e de Santa Catarina, possuem súmula estabelecendo que o recurso é cabível também contra a decisão que indefere o pedido cautelar ou antecipatório¹⁰. Além disso, algumas turmas entendem que o prazo recursal é de cinco dias (art. 218, §3º do Código de Processo Civil¹¹), enquanto outras entendem que o prazo é aquele previsto para o agravo de instrumento no Código de Processo Civil¹².

À exceção dos embargos de declaração – cuja competência para julgamento é do próprio magistrado que proferiu a decisão –, os recursos interpostos contra decisão do magistrado de 1º grau do Juizado Federal serão julgados por uma Turma Recursal. A criação e a composição das Turmas era objeto de regulação do art. 21 e parágrafos, da Lei nº 10.259/2001; com o advento da Lei nº 12.665/2012, as Turmas deixaram de ser criadas por ato do respectivo Tribunal Regional Federal, e a lei instituiu setenta e cinco Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais

⁹ ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos Juizados Especiais**: análise sob a ótica civil. São Paulo : Saraiva, 2012.

¹⁰ CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 13ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

¹¹ “Art. 218. *Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. (...) § 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.*” Em BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm >. Acesso em 01/05/2019.

¹² CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 13ª ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

permanentes, distribuídas pelas cinco regiões da Justiça Federal, cada uma composta por três juízes federais titulares dos cargos de Juiz Federal de Turmas Recursais¹³.

O acórdão proferido pela Turma Recursal, tal como todos aqueles proferidos dentro do sistema dos Juizados Especiais, pode ser objeto apenas de embargos de declaração e de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal, não cabendo recursos quer para o Tribunal Regional Federal, quer para o Superior Tribunal de Justiça¹⁴; já que aquele não possui atribuição prevista em lei para rever os atos das Turmas Recursais; enquanto que, para o segundo, Turma Recursal não se enquadra no conceito de tribunal para fins do art. 105, inciso III, da Constituição Federal¹⁵.

Nada obstante, a Lei nº 10.259/01 instituiu Turmas de Uniformização de Jurisprudência, a fim de dirimir controvérsias na interpretação de lei federal que versem sobre direito material¹⁶. Para tanto, a Lei estabeleceu três possíveis incidentes: um para a Turma Regional de Uniformização, quando o conflito de interpretação ocorrer entre Turmas Recursais da mesma Região (art. 14, §1º da Lei nº 10.259/01); um para a Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, quando o conflito ocorrer entre turmas de diferentes Regiões ou entre os julgados destas e a jurisprudência consolidada ou sumulada da Turma Nacional ou do Superior Tribunal de Justiça (art. 14, §2º da mesma lei); e um terceiro, para o Superior Tribunal de Justiça, na hipótese de a Turma Nacional de Uniformização adotar entendimento contrário ao da Corte Superior, já consolidado por súmula ou por jurisprudência dominante (art. 14, §4º da mesma Lei).

¹³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil**: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. Juizados especiais, vol. 2, tomo II. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

¹⁴ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁶ “Art. 14. Caberá pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando houver divergência entre decisões sobre questões de direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei”. In: BRASIL Congresso Nacional. **Lei nº 10.259/01**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm >. Acesso em 01/05/2019.

Apesar do nome, o incidente é verdadeiro recurso¹⁷, pois, se conhecido e provido, ocasionará a reforma da decisão contra a qual foi originalmente interposto, dispondo, por isso, de típica natureza recursal. Trata-se de um recurso *sui generis*, de estrito direito e de motivação vinculada¹⁸, semelhante à hipótese de interposição do recurso especial fundado em divergência jurisprudencial (at. 105, inciso III, alínea ‘c’ da Constituição Federal). A nível nacional, seu processamento está regulamentado pela Resolução nº 345/2015 do Conselho da Justiça Federal, que revogou as Resoluções nº 22/2008, 61/2009 e 62/2009, todas daquele Conselho¹⁹.

É digno de nota que o motivo pelo qual o sistema dos Juizados Especiais foi laudado por juriconsultos (qual seja, o primado da simplicidade recursal e procedimental²⁰) parece ter sido, ao menos em parte, mitigado no sistema dos Juizados Federais, já que as hipóteses recursais – em especial, a possibilidade de suscitar três incidentes de uniformização distintos e de forma consecutiva – foram ampliadas ante aquelas existentes no processo civil ordinário, criando, assim, três novas instâncias recursais extraordinárias dentro do procedimento sumaríssimo.

A par destas possibilidades recursais ordinárias, a doutrina e a jurisprudência admitem a impetração de mandado de segurança contra decisões irrecorríveis no âmbito dos Juizados Especiais, desde que teratológicas ou que possam causar à parte lesão grave e de difícil reparação. A competência para julgamento será da Turma Recursal²¹, exceto nos casos em que estiver em discussão a competência dos Juizados Federais, hipótese em que o julgamento competirá ao Tribunal Regional Federal, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do RMS 17.524²².

¹⁷ CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁸ ROSSATO, Luciano Alves. Sistema dos Juizados Especiais: análise sob a ótica civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁹ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução nº 345/2015. Publicada em 10 de junho de 2015. Disponível em < <https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/48485> >. Acesso em 01/05/2019.

²⁰ MENDES, Gilmer Ferreira. Os Juizados Especiais Federais: um divisor de águas na história da justiça federal. Revista CEJ. Brasília, Ano XV, pp 08-14, jul. 2011.

²¹ ROCHA, Felipe Borring. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

²² ROSSATO, Luciano Alves. Sistema dos Juizados Especiais: análise sob a ótica civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 A POSSIBILIDADE DE FRAGMENTAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL FEDERAL

Como visto, nos Juizados Especiais Federais, o Pedido de Uniformização de Jurisprudência para a Turma Nacional só é cabível quando há divergência entre Turmas Recursais de diferentes Regiões na interpretação de direito material, ou afronta à súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, ficando excluídas das hipóteses que o admitem, portanto, todas as questões relacionadas a direito processual ou às divergências de interpretação que ocorrerem entre Turmas Recursais dos Juizados Especiais e Tribunais Regionais Federais.

Porém, ainda que os Juizados sejam regidos pelos princípios da oralidade, simplicidade e informalidade, existem certas regras processuais – estabelecidas nas próprias leis que instituem os Juizados Especiais – que não podem ser objeto de flexibilização pelo magistrado, tal como hipóteses, espécies, prazos e formas de interposição de recursos, forma e momento oportuno para a apresentação da defesa do réu, tipos de provas que podem ser produzidas, imperiosidade da realização de audiência de conciliação, regras sobre competência e legitimidade das partes, dentre outras questões processuais essenciais, que definem as vigas mestras do microsistema dos Juizados Especiais.

Neste sentido, e embora compreensível que, ao limitar o Pedido de Uniformização de Jurisprudência às questões de direito material, o legislador buscasse evitar discussões recursais acerca de direito processual nos pontos em que é dado ao magistrado flexibilizar as disposições legais, a sistemática adotada pelo legislador parece conduzir à possibilidade de fragmentação do direito processual federal e, em especial, à aplicação peculiar e regionalizada das normas estabelecidas em leis federais para regular o funcionamento dos Juizados Especiais.

Há diversos exemplos em que esta aplicação regionalizada se apresenta concretamente, sem que as partes disponham de um instrumento jurídico hábil a saná-la: é o caso, por exemplo, da controvérsia acerca das hipóteses de cabimento do recurso contra decisão que aprecia medida cautelar ou antecipatória de tutela²³; ou,

²³ CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ainda, acerca do cabimento de agravo interno contra decisão monocrática de relator, no âmbito das Turmas Recursais ou das Turmas de Uniformização de Jurisprudência²⁴.

Em ambos os casos mencionados, o sistema não parece dispor de um instrumento eficaz para sanar a controvérsia. Não sendo admitida a interposição de incidente de uniformização de jurisprudência, por se tratar de matéria processual, nenhum dos outros recursos e medidas cabíveis tem o condão de levar a questão a julgamento em um órgão de expressão nacional e, com isso, obter a pacificação das divergências.

Por exemplo, o Recurso Extraordinário não é cabível para dirimir controvérsias entre Turmas Recursais acerca de interpretação quanto aos recursos típicos previstos na lei, porque *“a questão alusiva ao cabimento de recursos da competência de outros Tribunais se restringe ao âmbito infraconstitucional”*²⁵. Por outro lado, também o Superior Tribunal de Justiça não pode atuar, pois depende de prévia manifestação da Turma Nacional (art. 14, §2º da Lei nº 10.259/01) em confronto com súmula daquela Corte, a qual nunca existirá, não só porque a Turma não pode conhecer incidentes que discutam questão processual, mas também porque a interpretação das disposições processuais das Leis nº 9.099/99, 10.259/01 e 12.153/09 só ocorre, por óbvio, no âmbito dos próprios Juizados Especiais.

Já o mandado de segurança também não se presta para submeter a questão a um órgão

jurisdicional de competência nacional, porquanto é julgado pela própria Turma Recursal que prolatou a decisão objurgada, e da decisão desta não cabe qualquer recurso²⁶, nem mesmo ao Superior Tribunal de Justiça, pois a Turma não é considerada tribunal para os fins do art. 105, inciso II, alínea ‘b’ da Constituição

²⁴ CHIMENTI, Ricardo Cunha. Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 598365 RG, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 14/08/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-2010 EMENT VOL-02395-06 PP-01480 RDECTRAB v. 17, n. 195, 2010, p. 213-218.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 41: “O Superior Tribunal de Justiça não tem competência para processar e julgar, originariamente, mandado de segurança contra ato de outros tribunais ou dos respectivos órgãos”. Súmula nº 376: “Compete a turma recursal processar e julgar o mandado de segurança contra ato de juizado especial.”. Disponíveis em: < http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf > . Acesso em 01/05/2019.

Federal²⁷. Por fim, o novel incidente de uniformização de jurisprudência do art. 476 do Código de Processo Civil é igualmente incabível, ante a existência de instrumento semelhante (ainda que mais restrito) no âmbito dos Juizados Especiais Federais.

E assim, ao não prever hipótese de uniformização de jurisprudência para questões processuais, a Lei nº 10.259/01 parece estabelecer a possibilidade de que suas próprias disposições – e aquelas constantes da Lei 9.099/95 –, interpretadas exclusivamente no âmbito dos Juizados Especiais, não recebam aplicação uniforme no território nacional, porque inapreciáveis pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça, e pelas Turmas de Uniformização de Jurisprudência.

Entretanto, a doutrina alerta, há muito, para a necessidade de uniformidade na aplicação da lei federal²⁸:

A orientação divergente decorrente de turmas e câmaras, dentro de um mesmo tribunal, no mesmo momento histórico e a respeito da aplicação de uma mesma lei, representa grave inconveniente, gerador da incerteza do direito, que é o inverso do que se objetiva com o comando contido numa lei, nascida para ter um só entendimento. Por isso, coloca-se a tarefa de unificar a diversidade de entendimentos, que, se de um lado é inconveniente, de outro é inevitável. No próprio âmbito dos Juizados Especiais, a doutrina afirma que *“percebeu-se que a falta de controle nas decisões proferidas nas Turmas Recursais gerava uma série de situações absurdas e muitas vezes contraditórias”*²⁹.

Por isso, não parece ser coincidência que grande parte dos enunciados dos Fóruns Nacionais dos Juizados Especiais e dos Juizados Especiais Federais – eventos de natureza eminentemente científica e desprovidos de força jurisdicional³⁰

²⁷ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:(...) II - julgar, em recurso ordinário:(...) b) os mandados de segurança decididos em única instância pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão”. BRASIL. Congresso Nacional. Constituição Federal de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 01/05/2019.

²⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. Direito Processual Civil. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 692.

²⁹ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, 5.1. Parte 4, item 1.5.8.

³⁰ “O Fonajef é um fórum eminentemente científico. Suas discussões são travadas no âmbito dos grupos de trabalho formados pelos juízes participantes. As conclusões de cada grupo são submetidas a uma plenária final e encaminhadas ao Conselho Nacional de Justiça, ao Conselho da Justiça Federal e aos tribunais regionais federais, por meio de enunciados, que podem ser transformados em súmulas. BRASIL. Associação de Juizes Federais do Brasil. Disponível em: < <http://www.ajufe.org/eventos/fonajef/fonajef> > . Acesso em 01/05/2019.

– verse sobre controvérsias acerca de questões processuais dos Juizados Especiais³¹, demonstrando, sintomaticamente, a insegurança jurídica oriunda da ausência de instrumento de uniformização da aplicação do direito processual estabelecido nos microssistemas dos Juizados Especiais.

Tal a relevância da questão que, quando diante da inexistência de instrumento de uniformização de jurisprudência no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais estabelecidos pela Lei nº 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a inexistência de recurso cabível contra a decisão de Turma Recursal poderia ensejar a violação da unidade do direito federal, o que seria inconstitucional. E, com base nesta premissa, no julgamento dos embargos de declaração no Recurso Extraordinário nº 571.572, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu, para os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Comum, a possibilidade de se provocar o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da reclamação constitucional:

(...) Inexistência de órgão uniformizador no âmbito dos juizados estaduais, circunstância que inviabiliza a aplicação da jurisprudência do STJ. Risco de manutenção de decisões divergentes quanto à interpretação da legislação federal, gerando insegurança jurídica e uma prestação jurisdicional incompleta, em decorrência da inexistência de outro meio eficaz para resolvê-la. 5. Embargos declaratórios acolhidos apenas para declarar o cabimento, em caráter excepcional, da reclamação prevista no art. 105, I, f, da Constituição Federal, para fazer prevalecer, até a criação da turma de uniformização dos juizados especiais estaduais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça na interpretação da legislação infraconstitucional³²

Naquele julgamento, o ministro Gilmar Mendes afirmou que ³³:

³¹ É o caso, por exemplo, dos Enunciados nº 07, 08, 12, 13, 19, 26, 29, 30, 36, 53, 55, 56, 58, 59, 60, 61, 63, 117 e 118 do FONAJEF e dos Enunciados nº 01, 04, 05, 10, 11, 12, 13, 15, 20, 22, 35, 38, 53, 63, 68, 73, 78, 80, 86, 88, 97, 121 e outros, do FONAJE. Disponíveis em: < <https://www.ajufe.org/fonajef/enunciados-fonajef> > e < <http://www.cnj.jus.br/corregedoria/cnj/redescobrimos-juizadosespeciais/enunciados-fonaje> >. Acesso em 01/05/2019.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 571572 ED**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 571572 ED**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540).

E o vazio legislativo aqui, com a tendência inclusive de ampliação da importância dos juizados especiais, pode criar uma ameaça para a unidade do direito federal. Quer dizer, na medida em que avança o sistema dos juizados especiais – nós sabemos da importância deles, hoje, nessas matérias; nós não estamos falando mais de milhares, mas de milhões de processos –, corremos o risco de ter a erosão da competência do STJ.

Contudo e acertadamente, a atuação do Superior Tribunal de Justiça, na época em que vigente a sua Resolução nº 12/2009 – que regulamentava o uso da reclamação constitucional na hipótese estabelecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento dos Embargos de Declaração acima mencionados – não ficou restrita, como estabeleceu aquele julgado, às hipóteses de divergência dos julgados das Turmas Recursais com a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça. Ao revés, o uso da reclamação era admitido para também sanar questões teratológicas processuais, sendo que, pelo menos, uma foi julgada sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, tamanha era a relevância da questão processual discutida:³⁴

RECLAMAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO POR TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS. RESOLUÇÃO STJ N. 12/2009. QUALIDADE DE

REPRESENTATIVA DE CONTROVÉRSIA, POR ANALOGIA. RITO DO ART. 543C DO CPC. AÇÃO INDIVIDUAL DE INDENIZAÇÃO. DANOS SOCIAIS. AUSÊNCIA DE PEDIDO. CONDENAÇÃO EX OFFICIO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. CONDENAÇÃO EM FAVOR DE TERCEIRO ALHEIO À LIDE. LIMITES OBJETIVOS E SUBJETIVOS DA DEMANDA (CPC ARTS. 128 E 460). PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA. NULIDADE. PROCEDÊNCIA DA RECLAMAÇÃO. 1. Na presente reclamação a decisão impugnada condena, de ofício, em ação individual, a parte reclamante ao pagamento de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide e, nesse aspecto, extrapola os limites objetivos e subjetivos da demanda, na medida em que confere provimento jurisdicional diverso daqueles delineados pela autora da ação na exordial, bem como atinge e beneficia terceiro alheio à relação jurídica processual levada a juízo, configurando hipótese de julgamento extra petita, com violação aos arts. 128 e 460 do CPC. 2. A eg. Segunda Seção, em questão de ordem, deliberou por atribuir à presente reclamação a qualidade de representativa de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, por analogia. 3. Para fins de

³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 12.062/GO**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

aplicação do art. 543-C do CPC, adota-se a seguinte tese: "É nula, por configurar julgamento extra petita, a decisão que condena a parte ré, de ofício, em ação individual, ao pagamento de indenização a título de danos sociais em favor de terceiro estranho à lide". 4. No caso concreto, reclamação julgada procedente.

Com a existência de vedação legal expressa para que a Turma Nacional de Uniformização proceda da mesma forma no âmbito dos Juizados Federais, a preocupação que levou o Supremo Tribunal Federal a estender as hipóteses de cabimento da reclamação constitucional aos julgados das Turmas Recursais dos Juizados Estaduais parece não só persistir mas, ainda, agravar-se no caso dos juizados federais, na medida que nem a Turma Nacional, nem o Superior Tribunal de Justiça, podem ser provocados pela parte para sanar controvérsias de natureza processual, ainda que teratológicas. Na prática, a decisão proferida pela Turma Recursal, ao menos em questões processuais, ficaria infensa a qualquer crítica ou controle jurisdicional.

Há autores, inclusive, que afirmam a inconstitucionalidade da Lei nº 10.259/01, em razão desta vedação à apreciação de matéria processual³⁵:

A única correção que se faz necessária, tanto nas leis citadas como no Projeto de Lei, é afastar a insustentável vedação à discussão de matérias processuais. De fato, em ambos os textos é dito que o recurso só é cabível em "questões de direito material". Como não há hierarquia nem escala de importância entre regras processuais e materiais, temos que a distinção é inconstitucional.

Diante deste quadro, pode-se concluir que a Lei nº 10.259/01, ao vedar a interposição de pedido de uniformização de jurisprudência quanto a questões processuais, parece incorrer em inconstitucionalidade, ao possibilitar a aplicação regionalizada e fragmentada do direito processual federal, fazendo com que as Leis dos Juizados Especiais pareçam ser as únicas, de todo o ordenamento jurídico, cuja aplicação está propositalmente sujeita à aplicação regionalizada e fragmentada, a depender da Região ou Estado em que litigam as partes.

³⁵ ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017, 5.1. Parte 4, item 1.5.8.

4 CONCLUSÃO

Ante o exposto, e sem pretender esgotar o tema, conclui-se que a Lei nº 10.259/01 parece ter

introduzido, no direito brasileiro, a possibilidade de que questões processuais previstas em leis federais e aplicáveis expressamente aos Juizados Especiais não sejam passíveis de qualquer interpretação única a nível nacional, incorrendo, deste modo, em inconstitucionalidade, por permitir a violação da unidade do direito federal.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Direito Processual Civil**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 10.259/01**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.105/2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Resolução nº 345/2015**. Publicada em 10 de junho de 2015. Disponível em <<https://www2.cjf.jus.br/jspui/handle/1234/48485>>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 41**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 376**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf>. Acesso em 01/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Rcl 12.062/GO**, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 12/11/2014, DJe 20/11/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 598365 RG**, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, julgado em 14/08/2009, DJe-055 DIVULG 25-03-2010 PUBLIC 26-03-

2010 EMENT VOL-02395-06 PP-01480 RDECTRAB v. 17, n. 195, 2010, p. 213-218.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 571572 ED**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/08/2009, DJe-223 DIVULG 26-11-2009 PUBLIC 27-11-2009 EMENT VOL-02384-05 PP-00978 RTJ VOL-00216- PP-00540.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: procedimentos especiais do Código de Processo Civil. Juizados especiais**, vol. 2, tomo II. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais**. 13ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmer Ferreira. **Os Juizados Especiais Federais**: um divisor de águas na história da justiça federal. Revista CEJ. Brasília, Ano XV, pp 08-14, jul. 2011.

ROCHA, Felipe Borring. **Manual dos juizados especiais cíveis estaduais**: teoria e prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos Juizados Especiais**: análise sob a ótica civil. São Paulo: Saraiva, 2012.

A REMESSA NECESSÁRIA E AS DECISÕES PARCIAIS DE MÉRITO DO CPC/2015

THE REQUIRED REMITTANCE AND THE MERIT PARTIAL DECISIONS OF THE CPC/2015

Thiago Rodrigues Martins¹

RESUMO

O presente trabalho objetiva conhecer a remessa necessária no contexto histórico e atual, bem como suas hipóteses de cabimento e sua justificação contemporânea, em vista dos princípios constitucionais da paridade de armas, da isonomia e do direito à razoável duração do processo em um modelo constitucional de processo civil, para então se concluir quanto ao cabimento do instituto nos julgamentos antecipados parciais de mérito. A pesquisa, qualitativa e empreendida mediante revisão documental e bibliográfica, aponta para a necessidade de aplicação integral do instituto, que ainda se revela consentâneo ao modelo constitucional de processo, muito embora com críticas.

Palavras-Chave: Remessa necessária; julgamento antecipado parcial de mérito; modelo constitucional de processo.

ABSTRACT

This paper aims to know the necessary remittance in the historical and current context, as well as its assumptions of appropriateness and its contemporary justification, in view of the constitutional principles of parity of arms, the isonomy and the right to the reasonable duration of the process in a constitutional model of civil proceeding, and then to conclude on the merits of the institute in the early partial merit trials. The research, qualitative and undertaken through documentary and bibliographical review, points to the need for full application of the institute, which still shows itself to be consistent with the constitutional model of the process, although with criticism.

¹ Advogado, graduado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal, pós-graduando lato sensu em Novas Tendências do Direito Público pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB/ICPD), e-mail: thiagomartins.advogado@gmail.com.

Keywords: Required remittance; early partial judgment of merit; constitutional process model.

1 INTRODUÇÃO

Na história brasileira, em especial no que toca às normas processuais, a Fazenda Pública goza de um mais extenso rol de instrumentos que militam em seu benefício, dentre os quais goza de grande destaque a chamada remessa necessária.

Tal instituto tem como objetivo, a rigor, a proteção de interesses compreendidos como públicos, com a finalidade de evitar a ocorrência de lesões inapropriadas em desfavor dos cofres públicos, sustentados por toda a sociedade contributiva. Por essa razão, há uma excelente aceitação doutrinária e jurisprudencial quanto ao cabimento de refererida proteção adicional para o Estado.

Isso não quer dizer, contudo, que haja o mais absoluto consenso a respeito da necessidade do instituto e, por vezes, até mesmo de sua constitucionalidade, tendo em vista que nos tempos atuais a sociedade mudou drasticamente, o aparato estatal se transformou, os entes políticos gozam de autonomia e mecanismos de controle para avaliar seus principais interesses a serem perseguidas e o Judiciário permanece em crise dada sua imensa dificuldade em promover satisfatoriamente o acesso público a uma justiça efetiva. Justiça efetiva não pode ser justiça demorada.

Assim, o presente trabalho visa analisar o instituto da remessa necessária, no intuito de compreender suas dimensões históricas e atuais, sobretudo em termos de hipóteses de cabimento, e a sua conformação a importantes valores e objetivos constitucionais, tais como a paridade de armas, a isonomia processual e o direito à razoável duração do processo, tudo isso em uma época na qual o processo é, essencialmente, constitucional.

Mediante a apreciação de tais temas, será possível concluir se a remessa necessária é aplicável também a decisões interlocutórias que julgam parcialmente e de forma antecipada o mérito de processos de conhecimento, na forma do art. 356 do Código de Processo Civil.

2 REEXAME NECESSÁRIO: HISTÓRICO E CABIMENTO ATUAL DO INSTITUTO

O reexame necessário, legalmente nominado pelo Código de Processo Civil em vigor de remessa necessária, e historicamente chamado também de duplo grau obrigatório, recurso de ofício e apelação de ofício, é um instituto jurídico que se presta a, nos casos em que aplicável, impor a reanálise obrigatória de uma sentença judicial (em regra) por uma instância superior².

Relatos apontam sua existência na Roma antiga e no período medieval, tendo se estabelecido com maior afinco por volta do século XIV, em Portugal. Naquela época, a chamada apelação *ex officio* se revelava um meio de controle dos grandes poderes dos juízes inquisitoriais lusitanos, que detinham poder para decretar a pena de morte dos indivíduos, de forma que o próprio instituto se prestou ao papel de afirmar a soberania monárquica, tornando-a instância recursal dos juízes locais³.

Estabelecendo-se no direito português, o recurso de ofício foi incorporado nas Ordenações Filipinas pela coroa. O Brasil, então colônia portuguesa, esteve em seu raio de alcance enquanto perdurou a sujeição à Portugal, dado que, com a independência, legislações nacionais próprias passaram a ser reivindicadas⁴.

No processo civil brasileiro, enquanto Estado independente, o instituto foi introduzido na Lei de 4 de outubro de 1831, que impunha o recurso de ofício de

² WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

³ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

⁴ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

ações que envolvessem a Fazenda Nacional. O objetivo naquela época era, de fato, que a justiça atuasse no intuito de favorecer o erário público – hoje, não é essa a visão dada, de forma majoritária, pela doutrina e pela jurisprudência, sem contudo, haver qualquer consenso. Um exemplo disso é o fato de que a remessa necessária, embora seja um instituto que pretende trazer grau de correção e justiça às sentenças, não admite a *reformatio in peius*, segundo entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça, mas criticado por parcela da doutrina⁵. Posteriormente, a Lei nº 242, de 29 de novembro de 1841, positivou a ideia de juízos de primeiro grau destinados a julgar causas em que a fazenda estivesse envolvida, além de impor o reexame necessário das sentenças à Fazenda desfavoráveis em valor superior a cem mil réis⁶.

A aplicação do reexame necessário na legislação brasileira teve considerável ampliação do seu âmbito de abrangência, na medida em que, do século XIX até tempos recentes, o instituto teve aplicabilidade em questões relacionadas a desapropriações, ações trabalhistas de interesse da Fazenda Pública, sentenças que decretassem divórcio, questões ligadas à liberdade do cidadão, ações populares, mandado de segurança, dentre outras⁷. Por um breve período, houve inclusive

⁵ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015** [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015.

⁶ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

⁷ Sobre o tema, Gisele Mazzoni Welsch leciona o seguinte histórico legislativo, sem exaustividade quanto às hipóteses de cabimento do reexame necessário: “Lei nº 2.664, de 03/12/1955, que dispõe sobre ações judiciais decorrentes de atos das Mesas das Câmaras do Congresso Nacional e da Presidência dos Tribunais Federais; a Lei nº 6.014, de 27/12/1973, que inseriu a previsão do duplo grau obrigatório na Lei nº 1.533, de 31/12/1951 (Lei do Mandado de Segurança) e na Lei nº 4.717, de 29/07/1965 (Lei da Ação Popular); a Lei nº 6.071, de 03/07/1974, que inseriu a previsão do duplo grau obrigatório no Decreto-Lei nº 3.365, de 21/07/1941 (Lei Geral das Desapropriações), e a Lei nº 8.437, de 30/06/1992 (que dispõe sobre medidas cautelares contra atos do Poder Público). Em 17 de abril de 1963, pelo Decreto nº 3.069, tal instituto viria a se estender também às causas matrimoniais”. In: WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. P. 21. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

previsão de cabimento do reexame necessário em sede de recurso extraordinário, para os casos em que as justiças locais não seguissem as leis da União nos termos interpretados pelo Supremo Tribunal Federal⁸.

Nesse particular histórico, interessante mencionar que, na vigência da Constituição de 1891, o direito processual civil passou a ser matéria de competência dos Estados, de forma que cada qual fazia a sua lei processual. Vários Estados trataram do reexame necessário, embora a maioria sem grande precisão conceitual e de hipóteses de cabimento. Sua consolidação e estabelecimento de bases mais claras no Brasil se após algumas Constituições, mas com disciplina e previsão legal trazidas pelo Código Processual de 1939⁹.

A doutrina passou a melhor estudar o instituto, começando a assentar premissas teóricas a seu respeito, dentre as quais se destacava a independência da remessa necessária e a possibilidade de sua coexistência com os recursos voluntários da Fazenda. Nessa linha crítica, muito se debateu quanto à necessidade e correção de aplicação do instituto no processo civil, a ponto de sua extinção ter sido cogitada, sobretudo pelo professor Alfredo Buzaid, à época de elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil de 1973. Contudo, o instituto foi mantido na lei.

Desde que estudos mais consistentes sobre o instituto começaram a ser feitos, a natureza jurídica do reexame necessário sempre ensejou grandes debates. Inicialmente tido como recurso, a doutrina majoritária, a partir do CPC/73, passou a entender que não se tratava de uma modalidade recursal, embora ainda hoje o dissenso permaneça¹⁰. O Superior Tribunal de Justiça tem dado orientação no

⁸ CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

⁹ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

¹⁰ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>.

sentido de não se tratar de um recurso¹¹. Nessa linha, significativas lições da doutrina processualística devem ser tomadas:

Trata-se de condição de eficácia da sentença, que, embora existente e válida, somente produzirá efeitos depois de confirmada pelo tribunal. Não é recurso por lhe faltar: tipicidade, voluntariedade, tempestividade, dialeticidade, legitimidade, interesse em recorrer e preparo, características próprias dos recursos. Enquanto não reexaminada a sentença pelo tribunal, não haverá trânsito em julgado e, conseqüentemente, será ela ineficaz.¹²

Contudo, não deixa de haver grandes expoentes da doutrina do direito processual civil que enxergam o instituto como um recurso. Leonardo Carneiro da Cunha, por exemplo, sustenta ser um equívoco definir a natureza jurídica do instituto em função de seus efeitos, ao invés de caracterizá-lo pelo o que ele realmente é. Para ele, o reexame necessário não pode ser definido como condição de eficácia da sentença ou condição para a formação de coisa julgada, mas sim como um recurso – para tanto, afirma não haver conceito universal de recurso – de ofício, que decorre de lei e cujo impulso é provocado pela manifestação de vontade do juiz, vontade esta manifesta por força da própria lei¹³. Esta posição, contudo, não parece ser a mais acertada, de forma que o posicionamento majoritário, na linha dos ensinamentos acima expostos de Nelson Nery Júnior, se revela mais adequado.

Na vigência da norma instrumental de Buzaid, as hipóteses de previsão do instituto no que toca às causas em que a fazenda estivesse envolvida eram amplas. Com reclamações contundentes quanto à morosidade da justiça, e sendo os próprios entes públicos do país alguns dos seus maiores litigantes, a limitação do instituto foi cada vez mais cobrada. Assim, a partir da Lei nº 10.352, de 26 de dezembro de 2001, as hipóteses de cabimento do instituto passaram a ser mais restritas: caberia reexame necessário de sentenças proferidas contra os entes federativos, as autarquias

%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf>. Acesso em 16/04/2019.

¹¹ TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 24, p. 129-145, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.24.06.PDF>. Acesso em 16/04/2019.

¹² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015** [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015. P. 1242.

¹³ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

e as fundações de direito público, bem como nos julgamentos a eles desfavoráveis em sede de embargos à execução da dívida ativa. Em qualquer caso, o prejuízo fazendário certo deveria exceder 60 (sessenta) salários mínimos – se a condenação fosse ilíquida, ainda haveria remessa – e não ir de encontro à jurisprudência do plenário do Supremo ou súmulas dos respectivos tribunais competentes, sobretudo os superiores. Questões afetas ao casamento foram enfim excluídas da abrangência do instituto¹⁴.

Com a aprovação do Código de Processo Civil de 2015, o instituto passou a ter o seguinte regramento, de acordo com o art. 496 da norma e seus respectivos incisos e §§:

Art. 496. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença:

I - proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal.

§ 1º Nos casos previstos neste artigo, não interposta a apelação no prazo legal, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal avocá-los-á.

§ 2º Em qualquer dos casos referidos no § 1º, o tribunal julgará a remessa necessária.

§ 3º Não se aplica o disposto neste artigo quando a condenação ou o proveito econômico obtido na causa for de valor certo e líquido inferior a:

I - 1.000 (mil) salários-mínimos para a União e as respectivas autarquias e fundações de direito público;

II - 500 (quinhentos) salários-mínimos para os Estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações de direito público e os Municípios que constituam capitais dos Estados;

¹⁴ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

III - 100 (cem) salários-mínimos para todos os demais Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público.

§ 4º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em:

I - súmula de tribunal superior;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa.

Assim, percebe-se que o legislador optou por restringir consideravelmente o âmbito de incidência do duplo grau obrigatório. Em menos de vinte anos o recurso de ofício, que atingia toda e qualquer causa de interesse da Fazenda Pública, passou a incidir, inicialmente, somente nas causas que tivessem até sessenta salários mínimos e, com o código vigente, o valor mínimo para provocação do reexame se dará de acordo com a qualidade federativa do ente político prejudicado. Nesse ponto, há tanto quem critique e julgue inconstitucional o que é tomado por um excessivo desguarnecimento da proteção outrora dada ao erário público¹⁵, como também há quem entenda que referida limitação econômica, para impulsionamento pelo reexame oficial, deveria também incidir nos mandados de segurança¹⁶ – hoje, na esteira de entendimento majoritário sedimentado pelo STJ, ao *mandamus*, enquanto lei especial, não se aplica a regra de dispensa econômica do reexame necessário.

Há que se destacar que na elaboração do CPC/15, a comissão de juristas ventilou a extinção do instituto, amparados em muito pelas polêmicas trazidas pelo reexame obrigatório quanto a suas consequências para a morosidade do judiciário e a desigualdade que este provoca em desfavor dos que litigam contra o Estado. Contudo, o *lobby* de representantes das administrações públicas nos três níveis

¹⁵ MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC/2015: interesse público, razoabilidade e pacto federativo. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 19, p. 138-171, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/29158/27444>>. Acesso em 18/04/2019.

¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em juízo. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

federativos prevaleceu e o instituto foi mantido¹⁷. Firmou-se, nessa linha, a compreensão de que municípios menores não dispunham de procuradorias suficientemente bem equipadas para se assegurar uma estrutura de defesa jurídica confiável o bastante, sobretudo ao se levar em consideração o grande volume de causas distribuídas contra as pessoas jurídicas de direito público. Assim, o entendimento perfilhado por parte da doutrina quanto à necessidade de maior resguardo processual em benefício do erário prevaleceu, compreendendo-se que:

(...) a remessa necessária serve de controle da própria qualidade da decisão pela própria revisão que lhe ocorrerá e, consequentemente, há também um controle de efetividade das decisões de primeiro grau contra a Fazenda Pública, com o intuito de resguardar estes entes da própria qualidade da decisão proferida e, também, de eventuais erros decisórios, exercendo este citado controle.¹⁸

Uma importante modificação introduzida pelo novo código é o fato de só haver reexame de ofício caso a Fazenda Pública não interponha recurso voluntário. Entretanto, à míngua de clareza na lei, a doutrina tem entendido também que, caso haja recurso voluntário não conhecido, ou caso o recurso voluntário atinja somente parte do mérito da sentença, a remessa necessária ainda assim medida imperativa¹⁹.

Também cabe destacar o cabimento do reexame necessário no caso de ação monitória em que as respectivas pessoas jurídicas de direito público sejam rés, quando estes entes não oponham os embargos monitórios²⁰, hipótese em que a decisão interlocutória se sujeitaria ao reexame.

¹⁷ TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 24, p. 129-145, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.24.06.PDF>. Acesso em 16/04/2019.

¹⁸ LEMOS, Vinicius Silva. A remessa necessária no CPC/2015, a sua nova roupagem e a relação com novos institutos processuais. **Revista da AGU**, v. 17, p. 309-332, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38199151/A_REMESSA_NECESS%C3%81RIA_NO_CPC_2015_E_AS_SUAS_PECULIARIDADES>. Acesso em 18/04/2019.

¹⁹ TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

²⁰ No Código de Processo Civil, o procedimento monitório é regulamentado do art. 700 ao 702. Nessa linha, o § 4º do art. 701 assevera que “sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial”, de forma que há clara referência legislativa no sentido de se aplicar a remessa necessária em uma decisão interlocutória.

Contudo, diante da polêmica a cerca de decisões interlocutórias que impoem gravames ao erário público, com grau maior, menor ou de aparente definitividade no que toca aos efeitos da decisão e da respectiva condenação, a doutrina tem se dedicado a analisar possibilidades em que decisões interlocutórias produzem efeitos, de certa forma, permanentes. O estudo se revela necessário na medida em que a regra do art. 496 estabelece que o instituto somente se aplicaria às sentenças de mérito²¹.

A doutrina majoritária tem entendido, por exemplo, que não cabe o reexame necessário de decisão interlocutória concessiva de tutela antecipada antecedente, que pode se estabilizar, porque a decisão é estável, mas não imutável²². O tema, contudo, enseja discordâncias pontuais²³, em virtude da possibilidade de uma decisão contrária à administração perpetuar a sua produção de efeitos no tempo e no espaço, o que iria de encontro ao espírito de proteção pregado pelo reexame necessário, enquanto *prerrogativa* e não *privilegio* do poder público em juízo – tal discussão será melhor delineada adiante.

Mais pacífico, por outro lado, é o não cabimento da remessa necessária das: sentenças terminativas, ou seja, que não adentram no mérito da demanda; dos julgamentos cuja competência originária seja de tribunais²⁴; de decisões interlocutórias proferidas na fase de liquidação de sentença – até porque, quando a sentença é ilíquida, por força de entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵, a remessa obrigatória se impõe, verificando-se desnecessária sua repetição

²¹ TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

²² TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

²³ LEMOS, Vinicius Silva. A remessa necessária no CPC/2015, a sua nova roupagem e a relação com novos institutos processuais. **Revista da AGU**, v. 17, p. 309-332, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38199151/A_REMESSA_NECESS%C3%81RIA_NO_CPC_2015_E_AS_SUAS_PECULIARIDADES>. Acesso em 18/04/2019.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

²⁵ Na vigência do CPC/73, após a reforma que resultou na limitação de cabimento do instituto aos casos de condenações superiores a sessenta salários mínimos, o STJ firmou entendimento consignado em sua súmula 490, no seguinte sentido: “A dispensa de reexame necessário, quando o valor da condenação ou do direito controvertido for inferior a sessenta salários mínimos, não se aplica a sentenças ilíquidas.”

quando da fase de liquidação²⁶; nas causas em que as pessoas jurídicas de direito público sejam meros assistentes simples²⁷; dentre outros. Destaque-se, também, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, por meio de sua Corte Especial, após voto do saudoso Ministro Teori Zavascki, pacificou divergências nas turmas do Tribunal para estabelecer que cabe recurso especial no caso de processos em que tenha havido remessa necessária mas não recurso voluntário²⁸.

Ainda na linha de discussão das hipóteses específicas de cabimento do reexame necessário, Leonardo Carneiro da Cunha²⁹ sustenta o cabimento do instituto nas sentenças terminativas em ação de improbidade administrativa e da ação civil pública (esta última por força de aplicação analógica de dispositivo da Lei da Ação Popular). De outra banda, não seria cabível a remessa de ofício no caso de decisão interlocutória que rejeite impugnação a cumprimento de sentença ou que imponha sentença de mérito prejudicial à fazenda em embargos à execução não fiscal, pois o instituto deve ser interpretado restritivamente, já que o mesmo impõe uma situação de desnível e favorecimento à administração, em si mesmo restringindo as hipóteses em que o mesmo deve beneficiar a Fazenda Pública, não se concebendo a extensão de critérios da legalidade para tornar o jogo processual ainda mais desigual. Ainda de acordo com o autor, não seria possível negócio processual que dispense ou preveja o cabimento do instituto, que encontra amparo no princípio da legalidade estrita.

E é na esteira da discussão quanto ao cabimento da remessa necessária, considerando a necessidade de a interpretar de forma restritiva, e o fato de ser este um instituto gerador de discussões infundáveis quanto à sua necessidade e adequabilidade no ordenamento jurídico pátrio, que se chega à pergunta crucial do presente trabalho: seria a remessa necessária, instituto jurídico que obsta o trânsito em julgado da sentença, com incidência legal vinculada às sentenças de mérito,

²⁶ MONTEIRO NETO, João Pereira. A nova conformação legal da remessa necessária. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do TJDF**, v. 108, p. 257-272, 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/93/53>>. Acesso em 16/04/2019.

²⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

²⁸ Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 905.771/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 29/06/2010, DJe 19/08/2010.

²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

compatível com as decisões interlocutórias que versam sobre o julgamento antecipado parcial do mérito, na forma do art. 356 do Código de Processo Civil?

Antes de adentrar a discussão propriamente dita, imperioso antes compreender um pouco mais a fundo as divergências relacionadas ao instituto, sobretudo na ótica de um Estado Constitucional, que é Democrático de Direito, e em um ambiente cujo processo deve seguir um modelo igualmente constitucional.

3 REEXAME NECESSÁRIO E O MODELO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO

O reexame necessário, como já dito, não se constitui em um recurso, mas em uma condição de eficácia da sentença. A extensa falta de similitude entre as características próprias de um recurso e a remessa obrigatória evidenciam isso, muito embora consagrada doutrina, como Araken de Assis, entendem ter o instituto natureza recursal: um recurso não do juiz, mas do Estado, através de imposição legal, devolvendo assim, de forma ampla, a matéria para reapreciação pelo Judiciário. Por razões próximas, José Frederico Marques entender ser um “quase-recurso”, em virtude dos efeitos práticos serem similares ao de um recurso, mas sua origem estar em imposição legal, e não na voluntariedade do agente recorrente³⁰.

A discussão a respeito da natureza recursal do instituto pavimenta o caminho necessário para compreendê-lo. Afinal, as grandes críticas ao duplo grau obrigatório partem de razões sócio-constitucionais. De um lado, a igualdade entre o cidadão e o Estado quando se enfrentam em um juízo presumidamente imparcial, a morosidade no alcance à satisfação na justiça, a incompreensão quanto à necessidade de tal privilégio estatal tendo em vista que o Estado gasta muito com grandes estruturas de defesa e assessoramento jurídico e a perplexidade da sociedade ao ver a lei demonstrar tamanha desconfiança da competência funcional de seus próprios juízes. De outro lado, a preocupação com a *res* pública, a necessidade de decisões acertadas

³⁰ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

no que toca ao patrimônio público – uma vez que este existe pela, para e da sociedade, justificando assim a prerrogativa processual – e o sobrecarregamento da advocacia pública diante de tantas demandas contra os entes políticos, especialmente os pequenos municípios de diminuto orçamento³¹, reputados como detentores de parcas estruturas de defesa jurídica, vítimas de falhas sensíveis de percepção em julgamentos de primeiro grau e, ainda, de agentes corruptos no trato do erário³². Não por outra razão, Átila Da Rold Roesler defende que a remessa obrigatória se trata “de cautela recomendável no sentido de se conferir maior expressão de certeza à sentença sempre que esteja em risco o patrimônio do Estado”³³.

É nessa dualidade de percepções acerca do instituto que reside sua grande controvérsia. Se há uma justificação legítima e constitucionalmente aceita para impor tratamento desigual entre Estado e indivíduo em juízo. A “paridade de armas”, que deve refletir dentro do processo uma equivalência na possibilidade de postulação e produção probatória, vista como potencialmente prejudicada. Não à toa, Daniel Mitidiero leciona que “a fórmula mínima do devido processo legal processual brasileiro, como já observado, está em garantir-se a inafastabilidade da jurisdição, o juiz natural, a paridade de armas, o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação da sentença e a duração razoável do processo”³⁴.

A realidade do reexame obrigatório evidencia a tensão natural que ocorre no Judiciário no que toca à concretização, dentro de um processo moderno, constitucional e procedimental, de direitos fundamentais individuais, ligados às

³¹ WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20-%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20-%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.

³² MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC/2015: interesse público, razoabilidade e pacto federativo. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 19, p. 138-171, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/29158/27444>>. Acesso em 18/04/2019.

³³ ROESLER, Átila da Rold. O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC. **Revista da AGU**, ano 09, n. 25, p. 73-85, jul./set. 2010. P. 76. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/viewIssue/17/20>>. Acesso em 16/04/2019.

³⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Constituição: as Possíveis Relações entre o processo civil e o Direito Constitucional no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. IV, p. 251-284, 2005. P. 258. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43504/27382>>. Acesso em 16/04/2019.

liberdades civis, e àqueles que se voltam à coletividade. Um direito que não pode ser indevidamente retardado, consequência que alguns apontam predominar pela aplicação do instituto, sob pena de se vulnerabilizar o princípio constitucional da isonomia, da igualdade material, em seu aspecto mais substantivo. Por outro lado, prazo razoável e celeridade processual não querem dizer que o processo deva ser acelerado a qualquer custo³⁵. Nesse sentido, se revela imperioso “o repensar do próprio processo – e, conseqüentemente, do direito processual –, alçado à condição de instrumento de garantias dos cidadãos”³⁶.

Por essa razão, Mirna Cianci entende que o duplo grau é essencial e inerente ao Estado Democrático de Direito, resultado da própria dinamicidade do direito enquanto ciência humana, e se presta a possibilitar a correção da falibilidade humana e a melhor reflexão de causas complexas, se constituindo em verdadeiro instrumento de um processo como meio para se atingir fins outros. Fins sociais e constitucionais³⁷.

Nessa toada, a doutrina tem sustentado uma diferenciação entre o interesse público e o interesse econômico do Estado. Mas, invariavelmente, o interesse público, caracterizado como uma pretensão de “bem comum” da sociedade, uma percepção da necessidade de se proteger valores e bens jurídicos, por vezes poderá sofrer a influência de aspectos econômicos³⁸. E é aí que o reexame necessário se justificaria como prerrogativa, não privilégio, porque se presta a promover uma igualdade substancial na proteção dos interesses públicos. A proteção efetiva de impor ao Estado sentenças injustas e ilegais lesaria, em último plano, o interesse

³⁵ CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

³⁶ SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, p. 157-188, 2015. P. 160. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19106/14306>>. Acesso em 16/04/2019.

³⁷ CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

³⁸ CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

público primário, que não é meramente econômico, mas muitas vezes depende deste aspecto para sua concretização.

Ocorre que essa visão pode ser tida como excessivamente paternalista. Embora os ensinamentos de Fernando Laércio Alves da Silva não tangenciem especificamente a questão da remessa necessária, suas conclusões podem ser convergidas para o caso em epígrafe³⁹. O processo hoje deve servir como um instrumento para a concretização do jogo democrático. É a possibilidade de o particular, do cidadão, requerer ao próprio Estado o cumprimento da lei, em sua melhor forma e interpretação de direito. E parte dessa busca passa necessariamente pela participação dos envolvidos na possibilidade de influenciar ativamente a decisão final que será tomada.

Assim, o processo se transforma em um ponto real de discussão e concretização de direitos fundamentais e, para que este processo se veja vitorioso – não sob a perspectiva do litigante, mas em uma acepção de justiça –, é fundamental que haja uma “simétrica paridade entre as partes”. Essa necessidade se acentua na medida em que o Brasil é historicamente um país influenciado por uma forte visão autoritária. Nessa linha, o reexame necessário se assemelha a um instituto de raiz autoritária, revelando falsa pretensão de proteção do interesse público. O interesse público mais genuíno deveria ser a melhor interpretação do direito vigente. Por outro lado, o instituto, em entendimento consolidado pela corte de uniformização da jurisprudência federal, não admite a *reformatio in peius* que prejudique a administração pública. Que valor social deveria ser mais importante do que a melhor aplicação do direito e das leis?

O dogma quase religioso de ser imperiosa a proteção dos entes políticos de condenações não se justifica na medida em que processos são desarroadamente alongados, a despeito das próprias ações (ou omissões) volitivas das pessoas jurídicas de direito público, que inclusive possuem mecanismos suficientes para determinar suas prioridades judiciais. A supremacia do interesse público sobre o

³⁹ SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, p. 157-188, 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19106/14306>>. Acesso em 16/04/2019.

particular não pode e não deve ser negada, nem em pretensão. Mas isso não quer dizer que a escolha política pelo instituto da remessa necessária se revele a mais acertada. Na prática, processos se alongam, muitas vezes de forma desnecessária, favorecendo desnecessariamente a administração pública – que, por sinal, já goza de certa vantagem em juízo, uma vez que, sendo os entes políticos alguns dos principais litigantes brasileiros, a experiência em juízo, por razões lógicas, já lhe confere vantagem – e impedindo o acesso a uma efetiva justiça por parte do particular. Não se revela acertada uma posição de que ao particular caberia apenas aguardar mais uma fase processual, como se já não fosse suficiente ter tido um direito previamente violado ou ignorado – embora a ideia de que seria tão somente mais uma fase a ser aguardada, em favor de toda a sociedade, tenha seus defensores⁴⁰. Mas é por razões como essas razões é que há quem defenda que a falta de razoabilidade do instituto o reveste de uma inconstitucionalidade⁴¹.

Mas a complexidade de compreensão da remessa necessária é tão grande que até entre os defensores do instituto há variações relativamente consideráveis de pensamento. Surgem consensos relacionados ao fato de ser inapropriado a mera limitação do instituto por questões econômicas – e, às vezes, inclusive no que toca ao sistema de precedentes –, uma vez que há situações não passíveis de quantificação mas que demandariam imenso cuidado social. E as propostas a tais críticas variam, havendo quem defenda maior autonomia à administração para definir aquilo que deve ou não receber especial atenção do Estado em juízo, inclusive influenciando o recurso de ofício⁴², e há quem defenda uma maior

⁴⁰ LEMOS, Vinicius Silva. A remessa necessária no CPC/2015, a sua nova roupagem e a relação com novos institutos processuais. **Revista da AGU**, v. 17, p. 309-332, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38199151/A_REMESSA_NECESS%C3%81RIA_NO_CPC_2015_E_AS_SUAS_PECULIARIDADES>. Acesso em 18/04/2019.

⁴¹ BORELLI, Rafael de Souza; SOARES, Marcos Antônio Striquer. Análise crítica do reexame necessário à luz do acesso à justiça e da razoável duração do process. **Revista de Estudos Jurídicos da Unesp**, v. 16, p. 1-19, 2012. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/601/752>>. Acesso em 16/04/2019.

⁴² CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

autonomia dos juízes para, no caso concreto, avaliar os direitos em discussão e a pertinência do duplo grau obrigatório⁴³.

É interessante mencionar que, durante as discussões do Código de Processo Civil no Congresso Nacional, antes do Senado Federal enviar o projeto de lei à Câmara dos Deputados, a redação original estabelecia o reexame obrigatório independentemente da existência de recurso voluntário ou não, além de padronizar em mil salários mínimos o limite quantitativo mínimo para ocorrência do fenômeno processual, não importasse qual fosse o ente federativo prejudicado⁴⁴. Essa previsão, contudo, não prevaleceu, como se percebe. As razões para tanto devem pairar na distinção da realidade econômica entre os municípios pequenos, que são a maioria, e os demais – sem contar as inegáveis disparidades orçamentárias entre os Estados e a União.

Essa linha de raciocínio encontraria guarita nos ensinamentos de Caio Gama Mascarenhas, para quem as modificações de limitações econômicas atuais – que se diria se o código não tivesse sido alterado – já seriam inconstitucionais, porque desguarneceriam a tutela do patrimônio público, notadamente em tempos de crise financeira, em sua maioria contra unidades federativas que não dispõem de estrutura jurídica adequada, além de violar as próprias perspectivas orçamentárias dos federados. Para o autor, o reexame necessário, no final das contas, tem envergadura constitucional dada sua proteção do interesse público⁴⁵. Contudo, a divergência estabelecida no sentido de que o interesse público e o interesse econômico do erário, em sentido estrito, não se confundem, parece ser uma conclusão mais acertada.

De toda sorte, o reexame necessário permanece na legislação pátria, e, se sua mera existência leva a paixões e inconformismos, sua aplicação nem sempre é

⁴³ TORQUATO, Glacielle Borges; CARNEIRO, Têssia Gomes; VAMPRE, Spencer. Reexame obrigatório das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública: ofensa ao princípio da paridade de armas?. **Revista ESMAT**, v. 6, p. 55-66, 2014. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/download/20/39>. Acesso em 18/04/2019.

⁴⁴ ROESLER, Átila da Rold. O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC. **Revista da AGU**, ano 09, n. 25, p. 73-85, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/viewIssue/17/20>>. Acesso em 16/04/2019.

⁴⁵ MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC/2015: interesse público, razoabilidade e pacto federativo. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 19, p. 138-171, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/29158/27444>>. Acesso em 18/04/2019.

pacífica de se prever. Nesse sentido, no próximo capítulo será analisado o cabimento do instituto frente às decisões de julgamento parcial antecipado do mérito, na forma do art. 356 do estatuto instrumental.

4 O INSTITUTO FRENTE À DECISÃO DO ART. 356 DA NORMA PROCESSUAL

Embora o código date de 2015, com vigência a partir de 2016, é de certa forma impressionante notar a profundidade da ausência de julgados que versem a respeito do cabimento do reexame obrigatório nas decisões do art. 356, quando desfavoráveis à fazenda. Isso pode ser um demonstrativo de que a advocacia ainda não tenha se habituado plenamente ao *códex* – o que se acredita ser pouco provável, sobretudo porque a doutrina tem se mostrado particularmente bem ativa, de modo geral – ou porque os próprios magistrados estejam sendo relutantes em aplicar a técnica decisória em causas dessa natureza. À época da instituição legal da possibilidade de antecipação dos efeitos da tutela contra a Fazenda Pública uma resistência dessa natureza foi estabelecida, decorrente da tradição de, para umas prerrogativas, para outros privilégios, do poder público em juízo. De qualquer modo, a subutilização do duplo grau obrigatório nessa técnica decisória é um fato concreto, cujo diagnóstico demandaria uma pesquisa mais profunda especificamente para isso.

No código anterior, vigia o princípio da unicidade da sentença, segundo o qual o julgamento de mérito deveria ser uno. O fracionamento não era possível. Esse entendimento foi expressamente revolucionado com o novo tratamento dado pela lei à matéria, que permite o fracionamento decisório para o caso do objeto em litígio ser divisível e as parcelas do mérito serem autônomas e independentes. Esse é um quadro de favorecimento à razoável duração do processo⁴⁶.

A principal crítica trazida pela doutrina à possibilidade de aplicação do reexame necessário nas decisões interlocutórias que promovem o julgamento parcial de mérito residem em uma questão essencialmente terminológica: a hipótese de

⁴⁶ CASTELO, Fernando Alcantara. Remessa Necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público. **Direito do Estado em debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado**, v. 1, p. 105-136, 2018. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2018/006RemessaNecessariaDeDecisoesParciaisDeMerito.pdf>. Acesso em 16/04/2019.

previsão da prerrogativa fazendária se aplica às *sentenças*, e não às *decisões interlocutórias*. A interpretação do instituto deveria, assim, ser restritiva.

Contudo, mesmo entre críticos e apoiadores do duplo grau obrigatório, o entendimento prevalecente – no campo da doutrina, por ausência de manifestações judiciais a respeito –, tem sido no sentido de ser cabível o instituto, mesmo nos casos de decisões interlocutórias proferidas com base no art. 356, por diversas razões: (i) tal decisão é ontologicamente idêntica à sentença⁴⁷, possuindo o mesmo conteúdo, eficácia e autoridade que uma, sendo tipo decisório pelo qual se encerra fase cognitiva do processo, podendo gerando coisa julgada material⁴⁸ – Fernando Alcantara Castelo⁴⁹, citando Fredie Didier, alude que o código, em determinados momentos, trata o termo *sentença* como um gênero, o que incluiria decisões interlocutórias em algumas ocasiões –; (ii) a exequibilidade de decisões proferidas com base no art. 356 é ainda maior, dado que sua recorribilidade se dá mediante agravo de instrumento, cujo recurso, em regra, carece de efeito suspensivo, sendo a princípio dispensada também a caução⁵⁰; (iii) seria ilógico se permitir o trânsito em julgado de uma decisão interlocutória que julgasse em desfavor do erário uma condenação na casa de milhões, exclusivamente pelo veículo decisório pelo qual se realizou, enquanto condenações menores, em algumas circunstâncias, estariam sujeitas ao duplo grau; (iv) a situação externada no item ii conduziria à indesejada paralisação da fase cognitiva encerrada, que não poderia produzir efeitos e transitar em julgado até posterior remessa de sentença final à segunda instância, na qual a remessa se operaria o efeito translativo pleno permitiria a confirmação ou retificação

⁴⁷ LEMOS, Vinicius Silva. A remessa necessária no CPC/2015, a sua nova roupagem e a relação com novos institutos processuais. **Revista da AGU**, v. 17, p. 309-332, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38199151/A_REMESSA_NECESS%C3%81RIA_NO_CPC_2015_E_AS_SUAS_PECULIARIDADES>. Acesso em 18/04/2019.

⁴⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁴⁹ CASTELO, Fernando Alcantara. Remessa Necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público. **Direito do Estado em debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado**, v. 1, p. 105-136, 2018. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2018/006RemessaNecessariaDeDecisoesParciaisDeMerito.pdf>. Acesso em 16/04/2019.

⁵⁰ TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

pelo tribunal *ad quem*⁵¹; (v) o próprio *códex* prevê outras hipóteses de decisão interlocutória em que cabível a remessa necessária, como no procedimento monitório⁵² e; (vi) o fato de que o próprio Superior Tribunal de Justiça já admitiu interpretação extensiva do reexame obrigatório, sem expressa previsão legal, nos casos de julgado por improcedência da ação de improbidade administrativa⁵³.

Cabe destacar o exposto no § 3º do art. 356, segundo o qual “na hipótese do § 2º (que trata sobre a execução provisoriada da decisão, independente de realização de caução), se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva”. Como poderia uma decisão desfavorável à fazenda, com força de sentença, transitar em julgado sem a ocorrência do respectivo reexame de ofício? Há que se ter a sensatez necessária para reconhecer que essa conclusão seria destoante da *mens legis* da remessa obrigatória.

A bem da verdade, a profundidade dos argumentos contrários e favoráveis ao reexame em si é de um satisfatório apelo argumentativo. A questão maior, quanto ao instituto, não seja visualizar inconstitucionalidades ou não, como fazem alguns. Porque, se de um lado as indagações relacionadas à isonomia e paridade de armas são excepcionais, sobretudo nos dias atuais, onde o aparelhamento estatal é cada vez maior, de outra banda há que se reconhecer que o poder público é carregado de institutos naturalmente desequilibrados em seu benefício. Nem por isso são todos eles ilegítimos, tampouco inconstitucionais.

A bem da verdade, foi uma opção política do legislador instituir e, até hoje, manter o reexame necessário. A despeito de informismos com a existência do instituto em si, sua conformidade constitucional existe – ao menos ainda –, de forma que negar vigência e aplicação ao instituto por questões estritamente formais

⁵¹ MONTEIRO NETO, João Pereira. A nova conformação legal da remessa necessária. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do TJDF**, v. 108, p. 257-272, 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/93/53>>. Acesso em 16/04/2019.

⁵² MONTEIRO NETO, João Pereira. A nova conformação legal da remessa necessária. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do TJDF**, v. 108, p. 257-272, 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/93/53>>. Acesso em 16/04/2019.

⁵³ CASTELO, Fernando Alcantara. Remessa Necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público. **Direito do Estado em debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado**, v. 1, p. 105-136, 2018. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2018/006RemessaNecessariaDeDecisoesParciaisDeMerito.pdf>. Acesso em 16/04/2019.

tampouco seria recomendável. Essa não seria a melhor interpretação, seja à vista da Constituição, seja à vista do ainda jovem *códex*.

Assim, a interpretação mais acertada parece estar no sentido de se reconhecer a aplicação da remessa necessária nos casos de decisões interlocutórias que julguem o mérito parcialmente e de forma antecipada, na forma do art. 356 do Código de Processo Civil. Isso para o caso de, conforme a doutrina majoritária tem afirmado, não haver recurso voluntário da Fazenda Pública ou, caso haja, esse recurso seja também parcial ou, ainda, caso o recurso não seja conhecido. E, em qualquer caso, a remessa deveria ser operacionalizada mediante a formação de autos suplementares, conforme aplicação analógica do § 4º⁵⁴, com a finalidade de não se obstar indevidamente o andamento do processo de conhecimento que deve continuar.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O reexame necessário é um instituto que data de séculos, exercendo um papel inegavelmente relevante na proteção judicial das hipóteses que visa resguardar. Hoje, a Fazenda Pública é sua grande beneficiária, muito embora o seu âmbito de proteção tenha sido sensivelmente reduzido.

A bem da verdade, a corrente que prega pela desnecessidade do reexame necessário nos dias atuais se revela a mais acertada. A ainda compreendida prerrogativa – e não privilégio – não se justifica diante da estruturação de procuradorias jurídicas ao longo do país, em municípios maiores ou menores. E mesmo os que não estruturam seus escritórios pessoais, procedem à contratação de escritórios terceirizados, cuja aferição da qualidade profissional só depende do próprio gestor responsável pela contratação.

Nessa linha, a Fazenda Pública recebe um tratamento diferenciado em juízo, sem que este tratamento seja, ao fim e ao cabo, estritamente necessário. Ele revela, acima de tudo, a existência de um certo patriarcalismo social no intento de se proteger excessivamente o Estado, não por uma preocupação com a execução de justiça social – já que o instituto não reforma julgados em desfavor do erário –, mas

⁵⁴ MONTEIRO NETO, João Pereira. A nova conformação legal da remessa necessária. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do TJDF**, v. 108, p. 257-272, 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/93/53>>. Acesso em 16/04/2019.

uma proteção da dimensão estritamente econômica do Estado, que é um interesse público secundário, não tão genuíno assim. E isso, por vezes, gera prejuízos ao próprio sistema de prestação jurisdicional, na medida em que a justiça se torna mais lenta quando se litiga contra o Estado.

Contudo, isso não quer dizer que o instituto tenha alcançado, ainda, uma condição de inconstitucionalidade. Querendo ou não, a sociedade brasileira de fato é extremamente plural, carente de condições mais generalizadas de infraestrutura, e não são todas as unidades federativas que dispõem de aparato suficiente e eficiente para lidar com a gestão de seus próprios litígios. Hoje, a opção legítima do legislador no sentido de se manter o duplo grau de jurisdição obrigatório ainda se sustenta e, embora criticada, merece ser mantida e respeitada na medida em que a lei a preveja.

Não seria possível adotar entendimento diverso no que toca à aplicação da remessa necessária nas decisões interlocutórias que julgam o mérito dos processos de forma parcial e antecipada, na forma do art. 356 do Código de Processo Civil. Afinal, a própria fase atual do processo civil é a do chamado formalismo-valorativo, bem ensinado por Daniel Mitidiero. Nessa fase, o processo tem autonomia própria, não se confundindo com o direito material em si, mas sua autonomia não pode ser tão grande a ponto de separá-lo totalmente de condições de justiça material na aplicação da lei e no julgamento dos processos.

O processo é forma, o que implica o reconhecimento de formalidades dos seus detalhes para sua efetiva implementação. Mas o processo também é instrumento, o que implica dizer que flexibilizações às vezes são necessárias, como forma de se alcançar o seu objetivo final, que é a concretização do direito e da justiça – por mais que as discussões filosóficas a respeito dos conceitos de direito e de justiça sejam absurdamente fluídas.

Por mais que se repute por inadequado o instituto do reexame necessário, permanece sua constitucionalidade e vigência. E, nessa linha, negar sua aplicação nas decisões na forma do art. 356 do estatuto instrumental revelaria uma linha de raciocínio extremamente formalista, que nega vigência ao próprio espírito da lei que, queira-se ou não, concorde-se ou não, veja-se como necessária ou patriarcal ou não, pretende dar uma proteção redobrada aos interesses fazendários em juízo.

Há casos em que, embora seja sempre direito do jurista o discordar da lei como ela é, pelas razões de assim a mesma o ser, não será o caso de negar a adequada aplicação da lei. E no caso específico, o reexame necessário deve ser aplicado.

REFERÊNCIAS

BORELLI, Rafael de Souza; SOARES, Marcos Antônio Striquer. Análise crítica do reexame necessário à luz do acesso à justiça e da razoável duração do process.

Revista de Estudos Jurídicos da Unesp, v. 16, p. 1-19, 2012. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/601/752>>. Acesso em 16/04/2019.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, 2015.

_____, Superior Tribunal de Justiça, Resp nº 905.771/CE, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, julgado em 29/06/2010, DJe 19/08/2010.

CASTELO, Fernando Alcantara. Remessa Necessária de decisões parciais de mérito proferidas contra o Poder Público. **Direito do Estado em debate – Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado**, v. 1, p. 105-136, 2018. Disponível em: <http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2018/006RemessaNecessariaDeDecisoesParciaisDeMerito.pdf>. Acesso em 16/04/2019.

CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório: o necessário (e adequado) reexame. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.2, p. 59-91, 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242944/000939984.pdf?sequence=3>>. Acesso em 16/04/2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. - 13. ed., totalmente reformulada - Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. A remessa necessária no CPC/2015, a sua nova roupagem e a relação com novos institutos processuais. **Revista da AGU**, v. 17, p. 309-332, 2018. Disponível em: <https://www.academia.edu/38199151/A_REMESSA_NECESS%C3%81RIA_NO_CPC_2015_E_AS_SUAS_PECULIARIDADES>. Acesso em 18/04/2019.

MASCARENHAS, Caio Gama. Inconstitucionalidade da dispensa econômica de remessa necessária do CPC/2015: interesse público, razoabilidade e pacto federativo. **Revista eletrônica de direito processual**, v. 19, p. 138-171, 2018. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/29158/27444>>. Acesso em 18/04/2019.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Processo e Constituição: as Possíveis Relações entre o processo civil e o Direito Constitucional no Marco Teórico do Formalismo-Valorativo. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir/UFRGS**, v. IV, p. 251-284, 2005. P. 258. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/download/43504/27382>>. Acesso em 16/04/2019.

MONTEIRO NETO, João Pereira. A nova conformação legal da remessa necessária. **Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ do TJDF**, v. 108, p. 257-272, 2017. Disponível em: <<https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/93/53>>. Acesso em 16/04/2019.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Comentários ao Código de Processo Civil - Lei nº 13.105/2015** [livro eletrônico]. 1. Ed. São Paulo-SP: Editora Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2015.

ROESLER, Átila da Rold. **O reexame necessário no anteprojeto do novo CPC**. Revista da AGU, ano 09, n. 25, 73-85, jul./set. 2010. Disponível em: <<https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/issue/viewIssue/17/20>>. Acesso em 16/04/2019.

SILVA, Fernando Laércio Alves. Processo constitucional: o processo como locus devido para o exercício da democracia. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 16, p. 157-188, 2015. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/19106/14306>>. Acesso em 16/04/2019.

TALAMINI, Eduardo. **Reexame necessário: hipóteses de cabimento no CPC/2015**. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI235769,31047-Reexame+necessario+hipoteses+de+cabimento+no+CPC15>>. Acesso em 16/04/2019.

TALAMINI, Eduardo. Remessa necessária (reexame necessário). **Revista de Direito Administrativo Contemporâneo**, v. 24, p. 129-145, 2016. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.24.06.PDF>. Acesso em 16/04/2019.

TORQUATO, Glacielle Borges; CARNEIRO, Tércia Gomes; VAMPRE, Spencer. Reexame obrigatório das sentenças proferidas contra a Fazenda Pública: ofensa ao princípio da paridade de armas? **Revista ESMAT**, v. 6, p. 55-66, 2014. Disponível em: <http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/article/download/20/39>. Acesso em 18/04/2019.

WELSCH, Gisele Mazzoni. **O reexame necessário como meio de (in) efetividade da tutela jurisdicional**. 155 f. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob a orientação do Prof. Dr. Araken de Assis. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010. Disponível em: <[http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20-%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20\(livro\).pdf](http://www.giselewelsch.com.br/static/arquivos-publicacoes/Site%20-%20Dissertacao%20de%20Mestrado%20-%20Reexame%20Necessario%20e%20a%20Efetividade%20da%20Tutela%20Jurisdicional%20(livro).pdf)>. Acesso em 16/04/2019.